

Die Abgrenzung von Täterschaft und  
Teilnahme bei den Begehungsdelikten  
zugleich:

**Ein Beitrag zur Lehre vom  
tatbestandsmäßigen Unrecht**

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München

vorgelegt von  
**Bernhard Orlich**

1977



Die Abgrenzung von Täterschaft und  
Teilnahme bei den Begehungsdelikten  
zugleich:

Ein Beitrag zur Lehre vom  
tatbestandsmäßigen Unrecht

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München

vorgelegt von

Bernhard Orlich

1977



Referent: Professor Dr. Roxin

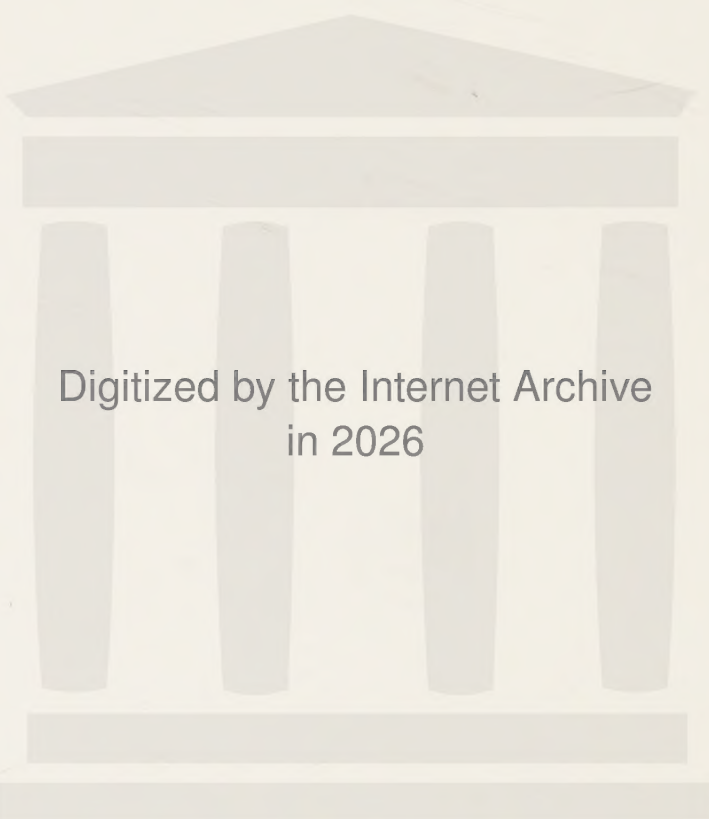
Korreferent: Professor Dr. Schüler-Springorum

Tag der mündlichen Prüfung:

19. Juli 1977



Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41555625\\_0010](https://archive.org/details/IA41555625_0010)

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                      |      |
|--------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Einleitung                                                                           | S. 1 |
| Teil I Bestandsaufnahme und Prämissen                                                | S.14 |
| Kapitel 1 Die klassische Unrechts-<br>lehre                                          | S.14 |
| A Darstellung des Verbrechens-<br>systems                                            | S.14 |
| B Kritik der objektiven Unrechts-<br>lehre                                           | S.18 |
| 1. Die Lehre von den subjektiven<br>Unrechtselementen                                | S.18 |
| 2. Die Lehre von den subjektiven<br>Rechtfertigungselementen                         | S.23 |
| 3. Die Lehre von der materiellen<br>Rechtswidrigkeit                                 | S.26 |
| C Die Täterlehre der Lehre vom<br>objektiven Unrecht                                 | S.32 |
| 1. Die auf der Äquivalenztheorie<br>aufbauenden Täterlehren                          | S.33 |
| a) Die Einheitstäterlehre                                                            | S.34 |
| b) Die Lehre vom extensiven<br>Täterbegriff sowie die sub-<br>jektive Teilnahmelehre | S.35 |
| 2. Die objektiven Täterlehren                                                        | S.41 |
| Kapitel 2 Grundlagen einer neuen<br>Unrechtslehre                                    | S.45 |
| A Das Argument aus dem Erfordernis<br>der Schuldhaftigkeit der Handlung              | 52   |
| 1. Die Schuldlehre                                                                   | S.52 |
| a) Die These von der Willens-<br>freiheit                                            | S.55 |
| b) Die Pflichtwidrigkeit des<br>Handlungsentschlusses                                | S.65 |

|                                                                                                                |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2. Den Schuldgedanken ablehnende Auffassungen                                                                  | S. 66     |
| B Das Argument aus der Regelung des Versuchs                                                                   | S. 68     |
| C Das Argument aus den Unterlassungsdelikten                                                                   | S. 76     |
| D Das Notwehr-Argument                                                                                         | S. 88     |
| <br>Teil II Kriterien der Täterschaft                                                                          | <br>S. 93 |
| Kapitel 1 Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit einer Handlung: der Täterbegriff der Fahrlässigkeitsdelikte | S. 95     |
| A Der tatbestandsmäßige Erfolg und die Rechtswidrigkeit                                                        | S. 95     |
| B Das Prinzip der "Eignung"                                                                                    | S.101     |
| 1. Die "Eignung" bei                                                                                           | S.101     |
| a) "schlichten Tätigkeitsdelikten" und                                                                         | S.102     |
| b) "Erfolgsdelikten"                                                                                           | S.103     |
| 2. Darstellung und Kritik verwandter Ansichten                                                                 | S.112     |
| C Das Prinzip des "Könnens" bei                                                                                | S.121     |
| 1. "schlichten Tätigkeitsdelikten" und                                                                         | S.123     |
| 2. "Erfolgsdelikten"                                                                                           | S.124     |
| a) Individueller Maßstab?                                                                                      | S.126     |
| b) Genereller Maßstab                                                                                          | S.136     |
| D Das Prinzip der Interessenabwägung                                                                           | S.146     |
| 1. Die Interessenabwägung als allgemeines Prinzip der Rechtsfertigung                                          | S.147     |
| 2. Maßstäbe der Interessenabwägung                                                                             | S.148     |



|                                                           |       |
|-----------------------------------------------------------|-------|
| 3. Die gesellschaftlichen Wertvorstellungen als Richtmaß  | S.152 |
| E Ergebnis                                                | S.156 |
| <br>Kapitel 2 Das deliktstypische Unrecht                 | 159   |
| A Bedeutung des angegriffenen Rechtsguts                  | S.161 |
| B Ausmaß der Verletzung des Rechtsguts                    | S.162 |
| C Die Art und Weise der Rechtsgutsverletzung              | S.164 |
| 1. Die subjektiven Unrechtselemente                       | S.164 |
| 2. Der Vorsatz                                            | S.167 |
| 3. Die eigenhändigen Delikte                              | S.172 |
| D Die Stellung des Angreifers zum angegriffenen Rechtsgut | S.176 |
| E Exkurs: Der untaugliche Versuch                         | S.188 |
| 1. Der abergläubische Versuch                             | S.193 |
| 2. Die subjektiven Rechtfertigungselemente                | S.194 |
| 3. Der Versuch des untauglichen Subjekts                  | S.195 |
| <br>Kapitel 3 Kriterien der Täterschaft                   | S.199 |
| A Fahrlässigkeitsdelikte                                  | S.200 |
| 1. Schlichte Fahrlässigkeitsdelikte                       | S.200 |
| a) Eigenhändige Delikte                                   | S.200 |
| b) Sonderdelikte                                          | S.201 |
| c) "Normale" schlichte Fahrlässigkeitsdelikte             | S.201 |
| 2. Fahrlässige Erfolgsdelikte                             | S.202 |

# IV

|                                                                                 |       |
|---------------------------------------------------------------------------------|-------|
| B Vorsatzdelikte                                                                | S.203 |
| 1. Schlichte Vorsatzdelikte                                                     | S.212 |
| 2. Vorsätzliche Erfolgsdelikte                                                  | S.213 |
| Teil III Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei den Begehungsdelikten | 215   |
| Kapitel 1 Vorbemerkungen                                                        | S.215 |
| A Täterschaft und subjektive Teilnahmetheorie                                   | S.215 |
| B Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?                                    | S.219 |
| C Täterschaft und Pflichtwidrigkeit                                             | S.227 |
| D Täterschaft und Tatherrschaft                                                 | S.231 |
| Kapitel 2 Die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung             | S.238 |
| A Anstiftung                                                                    | S.242 |
| B Fallgruppen "mittelbarer Täterschaft"                                         | S.252 |
| 1. Das nicht handelnde Werkzeug                                                 | S.253 |
| 2. Das "vorsatzlose Werkzeug" (I)                                               | S.254 |
| 3. Das rechtmäßig handelnde Werkzeug                                            | S.257 |
| a) Die Erstattung einer falschen Anzeige u.a.                                   | S.258 |
| b) Das in Notwehr handelnde Werkzeug                                            | S.260 |
| c) Der Prozeßbetrug                                                             | S.262 |
| 4. Die Veranlassung zur Selbstverletzung                                        | S.262 |
| a) durch Nötigung i.S.d.§35 StGB                                                | S.262 |

|                                                                           |       |
|---------------------------------------------------------------------------|-------|
| b) durch Täuschung                                                        | S.265 |
| c) Die Veranlassung einer Schuldunfähigen                                 | S.267 |
| d) Der "beihelfende" Hintermann                                           | S.268 |
| e) Die Täuschung über eine Rechtsfertigungssituation                      | S.268 |
| 5. Das absichtslose, vorsatzlose (II) und das nicht-eigenhändige Werkzeug | S.270 |
| a) Das "absichtslose Werkzeug"                                            | 270   |
| b) Das "vorsatzlose Werkzeug"                                             | S.273 |
| c) Das nicht-eigenhändige Werkzeug                                        | S.284 |
| Das qualifikationslose Werkzeug                                           | S.285 |
| 7. Das unfreie Werkzeug                                                   | S.291 |
| a) Nötigungsnotstand                                                      | S.291 |
| b) Entschuldigender Notstand                                              | S.292 |
| c) Die weniger intensive Beeinflussung                                    | S.293 |
| 8. Das schuldlose Werkzeug                                                | S.295 |
| 9. Das im Verbotsirrtum handelnde Werkzeug                                | S.297 |
| a) unvermeidbarer und                                                     | S.298 |
| b) vermeidbarer Verbotsirrtum                                             | S.302 |
| 10. Das über den "konkreten Handlungssinn" irrende Werkzeug bei           | S.306 |
| a) error in persona,                                                      | S.306 |
| b) Motivirrtum,                                                           | S.311 |
| c) "Irrtum über Qualifikationsvoraussetzungen" sowie bei                  | S.313 |
| d) "Irrtum des Werkzeugs über quantifizierbare Unrechtsmomente"           | S.314 |

|                                                                |       |
|----------------------------------------------------------------|-------|
| 11. Das im "Risikoirrtum" befindliche Werkzeug                 | S.315 |
| 12. Tatherrschaft kraft "organisatorischer Machtapparate"      | S.319 |
| C Der Irrtum über Tätervoraussetzungen                         | S.322 |
| 1. Die Verkennung "herrschaftsbegründender Umstände"           | S.322 |
| 2. Die irrtümliche Annahme tatherrschaftsbegründender Umstände | S.327 |
| a) Anstiftung?                                                 | S.328 |
| b) Versuch?                                                    | S.329 |
| D Zusammenfassung                                              | S.332 |
| Kapitel 3 Die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe       | S.333 |
| A Mittäterschaft (I)                                           | S.333 |
| B Beihilfe                                                     | S.338 |
| 1. Kausalität und Beihilfe                                     | S.338 |
| a) Der Standpunkt ex ante                                      | S.338 |
| b) Die Ununterscheidbarkeit von Täter- und Beihilfehandlung    | 341   |
| 2. Die Ansicht von Schaffstein und Salamon                     | S.342 |
| 3. Die Ansicht von Herzberg                                    | S.344 |
| 4. Der Ansatz von Samson                                       | S.345 |
| 5. Die Ansicht von Vogler                                      | S.346 |
| 6. Die eigene Auffassung                                       | S.348 |
| C Mittäterschaft (II)                                          | S.354 |

## Einleitung

In seinem Buch "Täterschaft und Tatherrschaft"<sup>1</sup> prägte Roxin für den Täter den Begriff der "Zentralgestalt des Verbrechens"<sup>2</sup>. Zentralgestalt ist nach Roxin einmal derjenige, der einen Handlungsablauf beherrscht<sup>3</sup>, zum anderen aber auch derjenige, der in einer besonderen Pflichtenstellung stehend diese Pflicht verletzt<sup>4</sup>, sowie schließlich derjenige, der selbst die spezifisch wertwidrige Handlung vornimmt<sup>5</sup>. Der Begriff der "Zentralgestalt" wird von Roxin also je nach dem in Frage stehenden Deliktstyp mit verschiedenen Kriterien ausgefüllt<sup>6</sup>.

Dieses Verfahren versucht Roxin mit dem Hinweis darauf zu rechtfertigen, daß er den Begriff der Zentralgestalt als "Leitbegriff" verwende<sup>7</sup> und daß lediglich ein durch eine beschreibende Methode gewonnener offener Begriff<sup>8</sup> zur Lösung der anstehenden

- 
1. 1963, zweite um ein Nachwort erweiterte, sonst jedoch unveränderte Auflage 1967.
  2. Zum Begriff z.B. S.25 ff, 336 ff und 578 ff; zu dem damit angesprochenen "Bild" siehe auch Otto, Ftschr.R.Lange S.205.
  3. Und zwar über Handlungs- oder Willensherrschaft; aaO S.127 ff und 142 ff.
  4. Dabei umfaßten die "Pflichtdelikte" nach früherer Ansicht Roxins außer den Sonderdelikten und den Unterlassungsdelikten auch die Fahrlässigkeits-taten; aaO S.352 ff, 458 ff und 527 ff.
  5. aaO S.399 ff, 410 ff.
  6. aaO S.367, 578; zustimmend Busse, Täterschaft S.253 ff und 405 ff.
  7. aaO z.B. S.25, 113, 367 und 379.
  8. aaO S.119 ff.



Probleme geeignet erscheine, da nur so die Gefahr einer "begriffsjuristischen Verfehlung des Sachgehalts" gebannt sei. "Denn wenn aus unterschiedlichen Erscheinungsformen des Lebens die immer gleichen Merkmale abstrahiert werden, so muß das zwangsläufig bei Bestimmung der Täterschaft zu den Gefahren der Realitätsferne, der Sinnentleerung und der Begriffsjurisprudenz führen."<sup>1</sup> Denn "man kann Sachprobleme nicht durch einfache Begriffsableitungen lösen."<sup>2</sup>

Gegen den Begriff der Zentralgestalt - ebenso wie gegen den in Handlungs- und Willensherrschaft zerfallenden Begriff der Tatherrschaft - richteten sich jedoch schon kurze Zeit darauf die ersten Angriffe: Roxin stelle Erscheinungsformen von diametraler Gegensätzlichkeit nebeneinander und vereine sie unter einem abstrakten Oberbegriff<sup>3</sup>, der letztlich nur "ein neues ganzheitliches Bild"<sup>4</sup> darstelle. Das Verfahren, nach welchem Roxin seinen Begriff gewonnen habe, sei logisch nicht haltbar, da der Begriff der Zentralgestalt nicht ein Oberbegriff in dem Sinn sei, daß er lediglich aus allgemeinen Täterschaftskriterien gebildet werde. Vielmehr umfasse der Gattungsbegriff "Zentralgestalt" mehr

---

1. aaO S.123.

2. aaO S.122.

3. Schroeder, Täter S.40; vgl. auch Mir, F Schr. Welzel S.647.

4. Schmidhäuser, AT S.580; vgl. auch Busse, aaO S.148, Mir, aaO S.647, aber auch Roxin selbst, aaO S.578 f.

Merkmale als seine Unterbegriffe<sup>1</sup>. Welzel wirft Roxin gar vor, die Preisgabe des Tatbestandes wirke "sich für die Täterlehre noch verhängnisvoller aus als der extensive Täterbegriff, der den Tatbestand nur ausdehnte, nicht aber aufgab; denn nunmehr fehlt jeder Orientierungspunkt für die Täter- und Teilnahmelehre. An seiner Stelle setzt Roxin den konkreten Handlungssinn (S.214 ff), der jede beliebige Differenzierung zuläßt und die Täterschaft in bisher ungeahntem Maße erweitert."<sup>2</sup>

Im Nachwort zur zweiten Auflage seines Werkes wehrt Roxin sich gegen diese Angriffe und legt dar, daß gerade die Ablehnung eines fixierten Täterschaftsbegriffes als für die Täterlehre unbrauchbar eine "der wesentlichen methodologischen Grundlagen seiner Konzeption" gewesen sei, daß er ein "offenes System habe schaffen wollen, in dem kein geschlossener Ableitungszusammenhang und kein logisch begrifflicher numerus-clausus die Verarbeitung neuer Erscheinungen hindere<sup>3</sup>. Vielmehr sei die "Zentralgestalt" lediglich ein "formaler Leitgedanke", ein ganz leerer inhaltloser Begriff, aus dem sich keinerlei positive inhaltliche

- 
1. Hardwig-Buschendorf, JZ 67,88 f; siehe auch Schroeder, aaO S.40; dies betonte Roxin allerdings auch selbst z.B. S.25 ff, 123 und 579 f.
  2. Strafrecht S.100; diese kritische Haltung dürfte wohl aber nur für einen Teil der Fälle der sog. "Willensherrschaft" zutreffen; dazu siehe unten Teil III Kap.2.
  3. aaO S.588 f, 628.

Bestimmungen der Täterschaft ableiten ließen<sup>1</sup>. Bei der Tatherrschaft ebenso wie bei den anderen Täterschaftskriterien handele es sich nicht um einen "durch stets identische Merkmale gekennzeichneten Begriff, sondern um ein Prinzip", das sich "unter Berücksichtigung der in der Regelungsmaterie angelegten Struktur in variierenden Typen ausprägt."<sup>2</sup>

Wenn die von Roxin aufgrund der von ihm gewählten Methode gewonnenen Ergebnisse im allgemeinen überzeugend sind, so kann das natürlich daran liegen, daß eine einheitliche Erfassung des Täterbegriffs durch weitere Abstraktion der von Roxin aufgeführten einzelnen Täterschaftskriterien tatsächlich nicht möglich ist<sup>3</sup> und Roxin aufgrund seiner beschreibenden Methode die Einteilungen zutreffend vorgenommen hat.

Möglich ist aber auch die Folgerung, daß schon aufgrund der von Roxin aufgefundenen Täterschaftskriterien eine weitere Abstraktion vorgenommen werden kann, daß also dem Begriff "Zentralgestalt" Merkmale allgemeiner Art zugeordnet werden können, wie alle in den Artbegriffen wie z.B. "Tatherrschaft" mitenthalten sind. Das würde bedeuten, daß der Begriff der Zentralgestalt entgegen der Ansicht seines "Erfinders" ein Oberbegriff im Sinn der Logik

---

1. aaO S.25 ff, 628 f.

2. aaO S.629; ebenso ders. in ZStW 78,231 und in F Schr.R.Lange S.194; seinen methodischen Ansatz hat Roxin erneut dargestellt und vertieft in Ged.schr.Radbruch S.260 ff.

3. Roxin, Täterschaft S.628 sowie in ZStW 78,231 und 83,394; auch Schmidhäuser, AT S.500, 574 ff, Langer, Sonderverbrechen S.381 und Jakobs, F Schr.Welzel S.316.

ist<sup>1</sup>. In diesem Fall könnte der insbesondere von Lange erhobenen Forderung nach einer einheitlichen Begründung sämtlicher Formen der Täterschaft genügt werden<sup>2</sup>.

Bevor die eine oder andere Folgerung gewagt werden kann, soll noch einmal die Tragfähigkeit der Argumente von Roxin überprüft werden.

Den Ausgangspunkt für jede Untersuchung täterschaftlicher Probleme hat Roxin folgendermaßen umrissen:

"Demnach liegt auch in der Täterlehre der richtige Weg darin, die maßgeblichen Wertungskriterien oder - von der anderen Seite her gesehen - die für die rechtliche Regelung leitenden vorgegebenen Differenzierungen herauszuarbeiten."<sup>3</sup> "Dabei sind die Maßstäbe dem Gesetz zu entnehmen"<sup>4</sup>, Kriterien wie "Rechtsgutsverletzung"<sup>5</sup>, "Lebenssprachgebrauch"<sup>6</sup>, "Strafwürdigkeit"<sup>7</sup>, "Notwendigkeit des kausalen Beitrags"<sup>8</sup>,

---

1. Dazu siehe Engisch, Ftschr. Welzel S. 348 ff, 355 ff und Hardwig-Buschendorf, JZ 67, 88 f.

2. Täterbegriff S. 52; siehe auch Schilling, Verbrechensversuch S. 53, 108 ff und - von einer anderen Grundkonzeption aus - Samson, Kausalverläufe S. 21.

3. Täterschaft S. 22. Nicht zugestimmt werden kann Roxin, wenn er fortfährt, dies sei zu wenig beachtet worden wie die "jahrzehntelang geübte, methodisch so verfehlte Heranziehung des Kausalbegriffs" zeige. Die Vertreter der kausalen Täterlehren waren doch - so Roxin selbst aaO S. 4 ff - davon überzeugt, daß gerade die Kausalitätsfrage das maßgebliche Wertungskriterium sei.

4. Täterschaft S. 22.

5. So besonders Eb. Schmidt, Fgabe Frank Bd. II S. 106 ff; dazu siehe auch Roxin, aaO S. 9 f.

6. Beling, Lehre S. 455 und GS 101, 6; dagegen zutreffend Roxin, aaO S. 12; Engisch, Kausalität S. 35 f; w.N. bei Schroeder, aaO S. 31.

7. Roeder, ZStW 69, 226 ff, Piotet, ZStW 69, 23, 42; vgl. auch Lüderssen, Strafgrund S. 182; dagegen Roxin, aaO S. 30 f und Busse, Täterschaft S. 150 ff.

8. Nachweise bei Roxin, aaO S. 38 ff.

"Gefährlichkeit"<sup>1</sup>, "Finalstruktur"<sup>2</sup> u.a.<sup>3</sup> seien dabei zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nur dann heranzuziehen, wenn "aufgewiesen wird, warum und wie weit sie der rechtlichen Regelung zugrunde liegen."<sup>4</sup>

Ein derartiges Kriterium zur Erfassung des Begriffs der Täterschaft könnte möglicherweise aus der dogmatischen Einordnung der Teilnahmelehre im System des Verbrechensaufbaus abgeleitet werden. Falls es möglich wäre, ein solches Kriterium aufzuzeigen, wäre damit gleichzeitig der oben wiedergegebenen Forderung Roxins genügt. Denn Abgrenzungsgesichtspunkte, die aus der systematischen Stellung der Täterlehre im Verbrechensaufbau gewonnen sind, sind "dem Gesetz entnommene Maßstäbe" zumindest dann, wenn sie durch "anschmiegendes Entlangwandern an der gegliederten und vielfach verschlungenen Struktur des Gegenstands"<sup>5</sup> gewonnen werden, wenn sie also dem Gesetz selbst entnommen werden und nicht einem der Gesetzesbetrachtung vorgelagerten begriffslogischen System. Es soll daher untersucht werden, an welcher Stelle im Verbrechensaufbau die Täterlehre ihren Platz hat und ob sich aus dieser Einordnung irgendwelche

- 
1. Perten, Beihilfe S.34 ff, 62 ff; siehe dazu auch Busse, aaO S.146 ff und Roxin, aaO S.31 f; ob dessen Verdikt, dieses Kriterium überantworte die Wertung "unüberprüfbarer Beliebigkeit", so allgemein zutreffend ist, muß jedoch bezweifelt werden; dazu siehe Text Teil II und III.
  2. So die Anhänger der finalen Handlungslehre; siehe insbesondere Welzel, ZStW 58,502, 537 ff.
  3. Weitere Kriterien bei Roxin, aaO S.38 ff, 44 ff.
  4. Roxin, aaO S.22.
  5. Vgl. Roxin, aaO S.580.

Schlüsse für die Struktur der Täterschaft selbst, d.h. aber allgemeine Kriterien zur Bestimmung des Begriffes "Zentralgestalt", ablesen lassen<sup>1</sup>.

Dabei ist zunächst festzustellen, daß die paragrafenmäßige Tatbeschreibung stets den Täter mitumschreibt<sup>2</sup>. Dies ergibt sich schon aus der Garantiefunktion des Art.103 II GG, der in diesem Sinn bedeutet: als Täter ist nur zu bestrafen, wer ein vorher im Strafgesetz als täterschaftsbegründend typisiertes Verhalten begeht<sup>3</sup>. Die evident richtige These "keine Tat ohne Täter"<sup>4</sup> wird im Regelfall wie folgt umschrieben: Täterschaft ist Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung<sup>5</sup>. Klarer noch wird die Problemstellung herausgearbeitet, wenn gefragt wird, ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen die Handlung eines Anstifters bzw. diejenige eines Gehilfen den Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs nicht unterfällt. Was aber bedeutet dieser Ansatz für die dogmatische Einordnung der Täterlehre im Verbrechenssystem?

- 
1. Dies ist auch der Ansatz der Arbeit von Johannes, Täterschaft S.44; dies hält Roxin, ZStW 77,102 nicht für überzeugend; daß der Ansatz gleichwohl richtig ist, wird darzulegen sein.
  2. So z.B. Roxin, Täterschaft S.127, Herzberg, GA 71,2 und Langer, aaO S.464.
  3. Vgl. Gimbernat-Ordeig, ZStW 80,936.
  4. Hardwig, Zurechnung S.172; Müller-Dietz, Grenzen S.63.
  5. Siehe z.B. Roxin, aaO S.615 ff, Gimbernat-Ordeig, ZStW 80,932, Schroeder, aaO S.191 f, Schöнке-Schröder-Cramer, StGB vor §25,7, Welzel, Strafrecht S.98 ff, Maurach, AT S.617 ff, Wessels, AT S.94, Jescheck, AT S.488, Schmidhäuser, AT S.498 f, Langer, aaO S.464, Rudolphi, F Schr.Maurach S.63, Herzberg, GA 71,2 und JuS 74,238 und Schilling, Verbrechenversuch S.108 f, Volter, Verurteilung S.247.



Wie allgemein anerkannt ist die Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung nicht davon abhängig, daß schuldhaft gehandelt wurde. Die Lehre von Täterschaft und Teilnahme ist folglich der Lehre vom tatbestandsmäßigen Unrecht zuzuordnen<sup>1</sup>.

Die fast allgemein geteilte Erkenntnis der Verankerung der Täter- und Teilnahmelehre in der Lehre vom tatbestandlichen Unrecht hat jedoch nicht dazu geführt, daß man diesen Ansatz in fruchtbarer Weise verwertet hätte. Dies liegt möglicherweise daran, daß die Alleintäterschaft in der Regel als unproblematisch angesehen wird<sup>2</sup> und es daher versäumt wurde, sich mit den Voraussetzungen dieser Alleintäterschaft eingehend zu beschäftigen. Wenn dann die "Positionsprobleme"<sup>3</sup> auftauchten, konnte man folglich nicht auf einen gesicherten dogmatischen Fundus zurückgreifen und überließ die Entscheidung über Täterschaft und Teilnahme dem "animus" der Beteiligten<sup>4</sup> oder gar einem "unbegrifflichen Verstehensakt"<sup>5</sup>. Jedenfalls wird die Lehre von der Täterschaft - in der Regel nicht nur räumlich - isoliert abgehandelt: Beziehungen zwischen Täterschaft und unrechtmäßiger

- 
1. So z.B. Roxin, aaO S.616, Welzel, ZStW 58,537 ff und Strafrecht S.98, Jescheck, AT S.488, Schmidhäuser, AT S.502 f, Wessels, AT S.94, Schroöder, aaO S.191 f und Zielinski, aaO S.305 je m.w.N.
  2. So z.B. von Stratenwerth, AT Nr.736, Harwig, JZ 65,668, aber auch Roxin, aaO S.127. Auch Schroöder handelt in seiner Arbeit über den "Täter hinter dem Täter" mit keinem Wort ab, worin die rechtswidrige schuldhaft Tatbestandserfüllung bestehen soll; seine Kriterien sind denn auch unpräzise; kritisch auch Roxin, ZStW 78,224 ff.
  3. Hardwig, aaO S.668, siehe auch Wagner, Amtsverbrechen S.261.
  4. So die subjektive Teilnahmelehre.
  5. Hardwig-Buschendorf, JZ 67,89.

Handlung werden nur selten - wenn überhaupt - ausdrücklich dargelegt<sup>1</sup>. Ein solcher Zusammenhang wird auch von den Vertretern der subjektiven Teilnahmelehre nicht dargetan, weil eben nicht jeder Täter sein soll, der den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht, sondern nur derjenige, der zusätzlich mit "animus auctoris" gehandelt hat. Man sucht jedoch vergeblich nach Andeutungen, daß eine strafbare Handlung neben der Erfüllung des Tatbestands (als Erfolgsverursachung verstanden) und neben der Rechtswidrigkeit auch noch einen Verursachungswillen erfordert. Der Handlungswille kann es nicht sein, da ja auch die Gehilfenhandlung von einem Handlungswillen getragen sein muß, Täter und Teilnehmer sich in diesem Punkt also gerade nicht unterscheiden. Besonders krass ist der Wechsel der Standpunkte bei Hardwig, dessen Kritik an der Methode und den Ergebnissen Roxins<sup>2</sup> gerade von seinen eigenen Ansichten aus daher recht unverständlich wirkt. Während er in seiner Unrechtslehre<sup>3</sup> eine Konzeption entwickelt, die der hier vertretenen Unrechtsauffassung zumindest ähnlich ist, während er im Rahmen der Unrechtslehre immer wieder von den Begriffen der "normativ-finalen Kausalität", der "finalen Steuerung" und der "Herrschaftsmöglichkeit" über Kausalabläufe ausgeht<sup>4</sup>, er dabei die Beteiligung sogar als Unterfall der Zurechnung bezeichnet<sup>5</sup>, entwickelt er seine Täterlehre

- 
1. Siehe aber Lange, Täterbegriff S.34 ff, 62 f und Eb.Schmidt, Fgabe Frank Bd.II S.111, 120.
  2. JZ 65,667 ff und Hardwig-Buschendorf, JZ 67,86 ff; dagegen Roxin, JZ 66,293 ff und Nachwort zur 2.Aufl.
  3. Die Zurechnung, 1957.
  4. So z.B. S.121, 151, 157.
  5. aaO S.173.

unter Berücksichtigung einer "Ganzheitsbetrachtung der Tat"<sup>1</sup> bzw. eines "unbegrifflichen Verstehensakts"<sup>2</sup>. Gerade seine Ausführungen zur Unrechtslehre - z.B. die Begriffe "Herrschaftsmöglichkeit" und "Steuerbarkeit" - sind jedoch der Sache nach eng verwandt mit der "Tatherrschaft" im Sinn der Darlegungen Roxins<sup>3</sup>, nichts dagegen haben sie gemeinsam mit seinen Ansichten im Rahmen der Teilnahmelehre.

Auch Schmidhäuser, der sich im Bereich der Unrechtslehre weitestgehend um präzise Abgrenzungen bemüht, meint im Rahmen der Teilnahmetheorie weniger genau argumentieren zu können. So befürwortet er zu Erfassung von Täterschaft und Teilnahme eine der Hardwig'schen Ansicht nicht unähnliche "Ganzheitstheorie" und führt zur Begründung aus, es handele sich dabei um "Begriffe, die sich nur phänomenologisch erhellen, nicht aber durch eigentliche Definition" bestimmen lassen<sup>4</sup>.

Auch Roxin erläutert zumindest bei den Herrschaftsdelikten nicht hinreichend, worin die Unrechtmäßigkeit einer unrechtmäßigen Handlung besteht, obwohl

---

1. GA 54,353.

2. Hardwig-Buschendorf, JZ 67,89; aber auch schon Hardwig, GA 54,353 ff.

3. Auch wenn Hardwig feststellt, daß "Beihilfe reale, objektive und ex ante zu beurteilende Förderung der Haupttat ist ohne Rücksicht darauf, daß gerade diese Hilfeleistung zum Erfolg der Haupttat geführt hat" (Zurechnung S.146 N.346, auch S.161 N.371) ist seine Ansicht nicht allzu weit entfernt von derjenigen Roxins, denn dabei geht Hardwig doch offenbar davon aus, daß bei der Beihilfe die Zurechnungskriterien der Täterschaft - die Herrschaftsmöglichkeit über den zum Erfolg führenden Kausalverlauf (Hardwig), die Tatherrschaft (Roxin) - nicht vorliegen.

4. AT S.500; vgl. auch S.576 und 582; dagegen zutreffend Roxin, ZStW 83,395.

dieses nahegelegen hätte, da er die Beziehung von Tatbestands- und Täterlehre an mehreren Stellen ausdrücklich betont<sup>1</sup>. Lediglich bei den "Pflichtdelikten" sowie bei den eigenhändigen Delikten wird ganz deutlich, daß die Täterschaft durch die Struktur des Unrechts festgelegt ist<sup>2</sup>.

Die vorliegende Arbeit hat demgegenüber zum Ziel, die Beziehungen von tatbestandlichem Unrecht und Täterschaft aufzuzeigen. Dabei wird auf eine mehr als gelegentliche Einbeziehung der Unrechtslehre betreffend Unterlassungsdelikte verzichtet, weil zum einen die Unterlassungsdelikte Besonderheiten aufweisen, deren ausführliche Erörterung den Rahmen der Arbeit sprengen würde, weil zweitens diese Besonderheiten in jüngster Zeit vielfach Gegenstand scharfsinniger Untersuchungen gewesen sind<sup>3</sup> und weil schließlich gerade die "Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei den Unterlassungsdelikten"<sup>4</sup> unlängst ausführlich und unter Erörterung aller abweichenden Auffassungen dargestellt worden ist.

---

1. Täterschaft z.B. S. 329, 331.

2. aaO S. 352 ff., 410 ff.

3. Allein an monographischen Schriften der letzten Jahre sind zu nennen: Schöne, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz (1974), Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip (1972), Kugler, Ingerenz und Selbstverantwortung (1972), Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte (1971) je m.w.N.

4. So der Titel der Arbeit von Busse (1974); siehe dazu auch noch Roxin, aaO S. 458 ff und (3. Aufl.) S. 605 ff, Herzberg, JuS 75, 171 ff, Wagner, Amtsverbrechen S. 225 ff, Rudolphi in SK vor § 13, 37 ff und Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor § 25, 75 ff.

Dem Ziel der Arbeit entsprechend wird im ersten Teil der Untersuchung versucht, Kriterien des tatbestandlichen Unrechts aufzufinden, wobei die Ergebnisse weitestgehend durch "anschmiegendes Entlangwandern an der gegliederten und vielfach verschlungenen Struktur des Gegenstandes"<sup>1</sup> gewonnen werden sollen. Zunächst wird die traditionelle Unrechts- und Täterlehre kurz skizziert und dargelegt, daß die objektive Unrechtslehre die Täterlehre in den Bereich der Schuld verweist und damit dem allgemein für richtig gehaltenen Ausgangspunkt<sup>2</sup> widerspricht (Teil I Kap.1).

Anschließend werden die Prämissen der hier vertretenen Unrechtsauffassung aufgezeigt (Kap.2). Von diesen Prämissen ausgehend wird dargelegt, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit von einer rechtswidrigen Handlung gesprochen werden kann (Teil II Kap.1). Diese Voraussetzungen sind zugleich die Kriterien, die jeder Täterhandlung zu eigen sein müssen. Diese "Grundvoraussetzungen" der Täterschaft konstituieren zugleich den Täterbegriff der Fahrlässigkeitsdelikte.

Im Anschluß daran wird dargelegt, welche Kriterien über die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit einer Handlung hinaus erfüllt sein müssen, damit von einer unrechtstypischen Handlung gesprochen werden kann (Teil II Kap.2). Aufgrund dieser Ausführungen wird schließlich versucht, die Täterschaftskriterien der unterschiedlichen Deliktstypen zusammenfassend darzulegen (Teil II Kap.3).

---

1. s.o. S.6 N.5.

2. s.o. S.7 f.

Erst im dritten Teil der Arbeit wird das eigentliche Thema dann in der herkömmlichen Art und Weise behandelt. Insoweit wird versucht werden, die Erkenntnisse der Unrechtslehre bei der Lösung der besonderen Abgrenzungsprobleme aus der Täter- und Teilnahmelehre zu verwerten. Auf eine Auseinandersetzung mit der Literatur wird dabei jedenfalls insoweit verzichtet werden, als die Ansichten schon in den Arbeiten von Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, und Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, umfassend und übersichtlich ausgewertet worden sind.



## Teil I      Bestandsaufnahme und Prämissen

### Kapitel 1    Die klassische Unrechtslehre

#### A    Darstellung des Verbrechenssystems

Das System der klassischen Verbrechenslehre zeichnet sich durch "Klarheit und Faßlichkeit"<sup>1</sup>, durch einen "einfachen, übersichtlichen" und dadurch "didaktischen Aufbau"<sup>2</sup> aus: das Verbrechen wurde eingeteilt in objektive und subjektive Bestandteile. Die subjektive Seite wurde in toto der Schuld zugeschlagen; das Unrecht war damit rein objektiv erfaßbar<sup>3</sup>.

Die objektive Betrachtungsweise begründet Mezger folgendermaßen: Recht als "objektive Lebensordnung" hat die Aufgabe, ein "äußerlich geordnetes Zusammenleben der Rechtsunterworfenen zu gewährleisten."<sup>4</sup> Gegenstand des Rechtswillens sei die Feststellung dessen, was dem geordneten Zusammenleben der Rechtsunterworfenen gemäß sei bzw. was nicht. Die Normen des Rechts, in denen diese Feststellung getroffen würde, seien folglich objektive Bewertungsnormen, Urteile über Geschehnisse und Zustände vom Standpunkt des Rechts aus<sup>5</sup>. Ähnlich ist der Ansatz von

---

1. Nowakowski, ZStW 63, 307.

2. Jescheck, AT S.154; siehe auch Schmidhäuser, Ged.schr.Radbruch S.271 m.w.N.

3. Beling, Lehre S.40; siehe auch Löffler, ZStW 21, 558 f, Plate, Beling S.40, Schweikert, Wandlungen S.14 ff und Hall, Lehre S.10 f.

4. GS 89, 242.

5. Lehrbuch S.164.

Nowakowski: "Erfasst man das Unrecht von der Rechtsgutsverletzung her und versteht man das Schutzobjekt als den geschützten Lebensbereich, so können folgerichtig Mittel und Modalitäten des Verbrechens nur insoweit rechtserheblich sein, als sie außenweltlich sind."<sup>1</sup>

Die Theorie vom objektiven Unrecht baut also auf auf der Lehre von der Norm als Bewertungsnorm<sup>2</sup> sowie auf der Lehre vom Unrecht als Rechtsgutsverletzung<sup>3</sup>.

Soweit es um die Bewertung einer Rechtsgutsverletzung, des "zwingenden Ausgangspunkts" der Unrechtslehre<sup>4</sup>, geht, ist nicht die Zielsetzung des Täters entscheidend. Im Bereich des Unrechts beschränkt man sich vielmehr darauf, die Handlung in ihrer Wirkung auf den Verletzten bzw. auf das verletzte Rechtsgut zu beurteilen: "die Herbeiführung des verbotenen Erfolges"<sup>5</sup> - ganz gleichgültig wie sie erfolgt, ob durch Handlungsfähige, ob durch Menschen oder durch blinde Naturwesen - ist für die Rechtsordnung nicht nur von Unwert, sondern positiv störend."<sup>6</sup>

---

1. ZStW 63,312.

2. Beling, Lehre S.120, v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch S.5, Mezger, GS 89,241 ff; siehe auch Kraushaar, GA 65,2.

3. v.Liszt, Lehrbuch (1.Aufl.,1881) S.11 ff; dazu siehe auch Heinitz; ZStW 81,580, Nowakowski, Grundzüge S.52 und ZStW 63,310,321, Baumann, JZ 62,42, Krauß, ZStW 76,20 ff und Schönke-Schröder-Lenckner, StGB vor §13,8 ff; w.N. bei Schweikert, aaO S.144. Zum Begriff des Rechtsguts siehe z.B. die Arbeiten von Amelung, Rechtsgüterschutz S.15 ff, 174 ff, Sina, Rechtsgut S.39 ff je m.w.N.

4. Nowakowski, ZStW 63,321; vgl. Marx, Definition S.70 ff und Baumann, JZ 62,43.

5. Dazu siehe Münzberg, Verhalten S.3 m.w.N.

6. Binding, Normen Bd.2 S.231 N.8; vgl. auch Mezger, Lehrbuch S.164, Löffler, ZStW 21,564 und Lampe, ZStW 79,500 sowie Roeder, Einhaltung S.77 f.

Aufbauend auf dem Grundbegriff der Handlung ergab sich somit folgendes System:

Voraussetzung strafrechtlichen Unrechts war eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung<sup>1</sup>.

Handlung wurde dabei verstanden als "kausalwirkende willkürliche Körperbewegung"<sup>2</sup>. Tatbestandsmäßig war die Handlung, wenn sie den im jeweiligen Tatbestand beschriebenen Erfolg verursacht hatte<sup>3</sup>, wenn die Handlung *conditio-sine-qua-non* des Erfolges war, sie also nicht hinweggedacht werden konnte, ohne daß der Erfolg entfiel<sup>4</sup>.

- 
1. Erst in jüngster Zeit wächst die Einsicht, daß der Handlungsbegriff keinen eigenen dogmatischen Wert hat; dazu siehe unten Teil II Kap.1 C.
  2. Beling, Lehre S.8 ff, v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch S.161 ff; vgl. auch Schweikert, aaO S.16 und Plate, Beling S.37.
  3. Beling, Lehre S.28; dieser Auffassung stehen heute noch nahe z.B. Herzberg, Täterschaft S.13 ff, Dreher, StGB vor §1,15 ff, Baumann, AT S.223 ff, H.Mayer, AT S.62 ff und Gerhardt, Abgrenzung S.50 f; aber auch die von Roeder, Einhaltung S.65 ff vertretene Auffassung der Rechtswidrigkeit orientiert sich im wesentlichen am herbeigeführten unerwünschten Erfolg; dies ist wohl auch die Auffassung von Busse, wenn er ausführt, daß auch ganz entfernte Kausalbeziehungen zur Erfolgszurechnung ausreichen (Täterschaft S.261 N.3), und er den Vorsatz dem Schuldbereich zurechnet (aaO S.39 N.1).
  4. Daß die csqn-Formal die Kenntnis der Kausalität schon voraussetzt, ist in letzter Zeit immer wieder zutreffend hervorgehoben worden: "Diese Formel ist - als Kausalitätsformel - vielmehr nur eines jener Instrumente, die der Jurist hinterher anwendet, um für eine mit anderen Mitteln gewonnene Erkenntnis logisch-mathematische Exaktheit vorzutäuschen." so Arthur Kaufmann, F Schr.Eb.Schmidt S.210; vgl. auch Engisch, Kausalität S.13 ff, Hall, Er.gabe Grünhut S.218, Samson, Kausalverläufe S.30 ff und Rudolphi in SK vor §1,39; deutlich erkennbar die Zirkeldefinition bei Seebald, GA 69,198; dagegen sehr kritisch Jakobs, Studien S.20 N.8.

Dieses objektive "Verursachen eines tatbestandsmäßigen Erfolges" war auf der Ebene der Rechtswidrigkeit ausschließlich nach objektiven Gesichtspunkten zu würdigen<sup>1</sup>. Da aber die Tatbestandsmäßigkeit ein "Indiz" für das Bestehen einer Verbotsnorm darstellen sollte, beschränkte man die Prüfung der Rechtswidrigkeit einer Handlung praktisch auf die Frage, ob ein Rechtfertigungsgrund gegeben war oder nicht<sup>2</sup>.

Erst im Bereich der Schuldprüfung ließ sich die übermäßig weite Ausdehnung des tatbestandsmäßig rechtswidrigen Verhaltens, die u.a. auch den vielzitierten Erzeuger des Mörders<sup>3</sup>, aber auch Naturereignisse umfaßte<sup>4</sup>, eingrenzen, indem hier der Täterwille bzw. das "Was" seines Wollens bedeutsam wurde<sup>5</sup>. Der Schuldbegriff also umfaßte erst "alle geistigen und seelischen Vorgänge, die sich in Beziehung auf die Tat in der Person des Täters abspielen, mit einem Wort: die gesamte subjektive Tatseite, ohne daß über den inneren Zusammenhang der einzelnen Schuldmerkmale etwas ausgesagt wurde."<sup>6</sup>

- 
1. Beling, Lehre S.40; vgl. auch Plate, aaO S.40 und Kienapfel, JZ 72,570 ff m.umfängl.N. aus der objektiven Schule Österreichs.
  2. Im Tatbestand soll nach Beling, Lehre S.178 ff kein Werturteil liegen, da dieser rein deskriptiv sei (vgl. auch Fischer, Rechtswidrigkeit S.97). Dies erscheint schon wegen der Indizwirkung, die die Tatbestandsmäßigkeit in Bezug auf die Rechtswidrigkeit haben sollte, als unrichtig; vgl. Class, Grenzen S. 35 ff, Plate, aaO S.124 und Schweikert, aaO S.16 ff.
  3. Eb.Schmidt, Fgabe Frank Bd.II S.119 N.1; vgl. auch H.Mayer, AT S.48 und Schönke-Schröder-Lenckner, StGB vor §13,29 m.w.N.
  4. Löffler, ZStW 21,557 ff.
  5. Beling, Lehre S.195 ff; auch Gallas, ZStW 67,2.
  6. Jescheck, ZStW 73,185; siehe auch Kohlrausch, Irrtum S.1 und Schweikert, aaO S.21 f.

## B Kritik der objektiven Unrechtslehre

1. Die Lehre von der Zugehörigkeit aller objektiven Merkmale zur Rechtswidrigkeit und aller subjektiven Einstellungen des Täters zur Schuld<sup>1</sup> geriet erstmals ins Wanken durch die Erkenntnis, daß ein objektives Geschehen vielfach "verboden oder erlaubt ist, je nach der Gesinnung, mit welcher der Täter die Tat begeht."<sup>2</sup> Ausgangspunkt dieser Lehre von den subjektiven Unrechtselementen<sup>3</sup>, die auch als Vorgriff bzw. als Bestätigung einer personalen Unrechtslehre gesehen wurde<sup>4</sup>, war die Einsicht, daß das Unrechtsurteil über gewisse Handlungen nicht nur anhand der objektiven Umstände gefällt werden könne. Vielmehr gebe es Fälle, in denen "das Unrecht von Gegebenheiten in der Täterpsyche abhängt, entweder also die tatbestandsbezogene Rechtswidrigkeit erst durch bestimmte täterpsychische Merkmale hergestellt oder umgekehrt nur dann ausgeschlossen werde, wenn die Handlung von einem bestimmten Willen getragen sei."<sup>5</sup> Als Beispiel

- 
1. Die Umbildung des Liszt-Beling'schen Systems erfolgte auf vielen Fronten mehr oder weniger gleichzeitig; gerade die Entdeckung der subjektiven Unrechtselemente war aber wohl der entscheidende Schritt zur Überwindung dieses Systems; vgl. Jescheck, ZStW 73,191 ff, Schmidhäuser, AT S.165 ff und Plate, Beling S.134 ff je m.w.N.
  2. Fischer, Rechtswidrigkeit S.288 f; vgl. aber schon Nagler, Ffschr.Binding Bd.II S.286.
  3. Dazu siehe insbesondere Hegler, ZStW 36,31 ff, M.E. Mayer, AT S.185 ff, Sauer, Grundlagen S.344, Mezger, GS 89,259 ff sowie Sieverts, Beiträge S.140 ff.
  4. So z.B. von Welzel, ZStW 58,507.
  5. Nowakowski, ZStW 63,308.

einer solchen Handlung wurde und wird immer wieder auf die Wegnahme einer fremden Sache<sup>1</sup> bzw. auf die Vornahme einer unzüchtigen Handlung<sup>2</sup> hingewiesen, deren materielle Rechtswidrigkeit<sup>3</sup> sich nur erkennen lasse, wenn der mit der Handlung verfolgte Zweck des Täters, der "Sinngebungsfaktor"<sup>4</sup>, mitberücksichtigt werde. Es komme darauf an, ob die Handlung von einer Zueignungsabsicht im Sinn des §242 StGB bzw. einer "wollüstigen" (jetzt: sexuellen) Tendenz getragen sei oder nicht<sup>5</sup>.

Gegen die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen hat Nowakowski eingewandt, "die Behauptung, ein bestimmtes subjektives Merkmal sei für die Sozial-schädlichkeit der Handlung wesentlich", ersetze nicht eine "klare dogmatische Ausrichtung." Die logische Begründung dieser Lehre sei unsicher und schwankend, es sei "vielfach Ermessensfrage", was als derartiges Unrechtselement anzuerkennen sei<sup>6</sup>.

- 
1. So z.B. von Jescheck, ZStW 73,192, Krauß, ZStW 76,23 und Engisch, Ftschr.Rittler S.178.
  2. Z.B. M.E.Mayer, AT S.186, H.Mayer, AT S.64, Noll, Rechtfertigungsgründe S.41 und Jescheck, ZStW 73,197; ablehnend aber z.B. Oehler, Zweckmoment S.136 f.
  3. Siehe dazu unten Text zu Zif.3.
  4. Lampe, GA 66,236.
  5. Zu der Frage, ob die subjektiven Unrechtselemente die Rechtswidrigkeit der Handlung begründen oder lediglich den Unrechtsgehalt einer ohnehin rechtswidrigen Handlung erhöhen und somit zum "spezifisch strafrechtlichen Unrecht" gehören, siehe Teil II.
  6. Nowakowski, ZStW 63,313 unter Bezugnahme auf Sieverts, Beiträge S.145, Rittler, Lehrbuch S.87 und Mezger, Lehrbuch S.173. Ablehnend auch Kadečka, ZStW 59,1 ff, Rittler, aaO S.121 ff, Class, Grenzen S.175 ff, H.Mayer, AT S.64; Oehler, aaO S.62 ff, Wegner, AT S.110 ff, Jerusalem, ZStW 80,881; w.N. bei Waider, Bedeutung S.180 ff und Kienapfel, JZ 72,569 ff. Nowakowski selbst hat seine ablehnende Haltung (ZStW 63, 308 ff, Grundzüge S.54 f) inzwischen aufgegeben (JB1 72,19 ff).



Dogmatisch eindeutig seien lediglich zwei Lösungen:  
"Entweder man hält an einer rein objektiven Bestimmung der Rechtswidrigkeit fest; dann gibt es keine subjektiven Unrechtselemente. Oder man schlägt alle Verbrechensmerkmale zum Unrecht, die als Eigenschaft der Angriffshandlung gedacht werden können; dann werden nicht nur bestimmte Gesinnungen, Motive und Ziele rechtswidrigkeitserheblich, sondern auch die Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit der Handlung."<sup>1</sup>  
Nowakowski, der damit scharfsichtig die spätere Entwicklung vorwegnahm, gegen die er sich allerdings zunächst wehrte<sup>2</sup>, schlug dann vor, alle subjektiven Elemente weiterhin der Schuldseite der Tat zuzurechnen<sup>3</sup>, denn "die Täterpsyche kann fremde Lebensbereiche nur dadurch beeinflussen, daß sie nach außen hin wirksam wird." Mit der Einführung subjektiver Elemente in den Bereich des strafrechtsrelevanten Unrechts gebe man "die klare Ausrichtung auf die geschützte Lebenslage und deren Beeinträchtigung preis."<sup>4</sup>

Die dogmatische Erfassung der genannten subjektiven Elemente sei auch möglich, ohne ihnen eine unrechtskonstituierende Wirkung beizulegen. Die Rechtswidrigkeit einer Handlung ergebe sich in jedem Fall aus der Tendenz des äußeren Geschehens. Wo die objektive Seite der Handlung allein nicht ausreiche, um das "typische Unrecht" zu bejahen, müsse ein "kraft Gesetzeswillens

---

1. Nowakowski, ZStW 63, 313 f.

2. Inzwischen hat auch er bekannt: "Das System Belings läßt sich in Wahrheit nicht aufrechterhalten."  
(JB1 72, 19 ff., 26).

3. ZStW 63, 312.

4. aaO S. 313.

unwiderlegliches Indiz für die Rechtswidrigkeit"<sup>1</sup>, eben das subjektive Element, hinzukommen<sup>2</sup>. Das positive Recht sei aber sogar ohne eine solche Indizwirkung erklärbar<sup>3</sup>: das Motiv bzw. das subjektive Element lasse sich durch seine Zielrichtung objektivieren wie z.B. beim Versuch; auch insoweit gelte es anzuerkennen, daß die in Frage stehenden Handlungen nicht rechtswidrig, sondern nur schuldhaft seien<sup>4</sup>.

Damit hat sich die "subjektive Lehre"<sup>5</sup> jedoch auf einen Standpunkt begeben, der dem "gesicherten Bestand der heutigen strafrechtlichen Dogmatik widerspricht."<sup>6</sup> Denn rechtlich relevantes Verschulden kann überhaupt nur durch Verhaltensweisen begründet werden, die rechtswidrig sind. Die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld ist ein "Angelpunkt der Verbrechenslehre"<sup>7</sup>. "Der Begriff Schuld setzt aber, wie glücklicherweise die meisten zugeben, ein normwidriges Verhalten voraus. Schuld ohne Unrecht ist ein sinnloses Wort."<sup>8</sup>

---

1. Nowakowski, ZStW 63,315.

2. So auch Oehler, Zweckmoment S.84, 111 ff, Zimmerl, Lehre S.63; ähnlich neuerdings Krauß, ZStW 76,25 ff und Lüderssen, Strafgrund S.142; vgl. auch Langer, Sonderverbrechen S.351 N.225 und Stöger, Versuch S.44: "Der Vorsatz als ein im Tatbestand typisiertes Schuldmerkmal ist vielmehr nur tatbestandliche Voraussetzung des Unrechts."

3. Nowakowski, ZStW 63,315 ff.

4. aaO S.316.

5. Z.B. Kadečka, ZStW 59,12, 17 ff: rechtswidrig sei nicht das Wollen, sondern das Gewollte.

6. So Stöger, aaO S.34; vgl. auch Zielinski, Handlungsunwert S.39 ff.

7. Jescheck, AT S.318.

8. Hardwig, GA 57,173; vgl. auch Stöger, aaO S.34, Lampe, Unrecht S.102, Mezger, GS 89,247 und schon Beling, Lehre S.179 f.

Abgesehen von den Schwierigkeiten, die die subjektive Lehre bei der Notwehrprobe haben muß<sup>1</sup>, ist außerdem noch ein Einwand zu erheben: "Wo das äußere Verhalten mit der Rechtsgutsverletzung zusammenfällt, ist das Unrecht erwiesen, wo es - bei schuldhaftem Verhalten - nicht mit ihr zusammenfällt, soll es gleichfalls als Träger des Schuldvorwurfs gelten, nur eben nicht Unrecht heißen. Hier mündet die ganze Diskussion in einen Streit um Worte."<sup>2</sup>

Auch der von Nowakowski für denkmöglich erachtete Lösungsvorschlag einer "subjektiven Bedingung der Rechtswidrigkeit"<sup>3</sup> hilft nicht weiter, denn wenn die "objektive Tendenz der Handlung" erst "durch den Entschluß, aber ohne daß dieser deswegen zum Unrechtselement werden muß"<sup>4</sup>, geprägt wird, die Feststellung, ob die Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, also ohne Berücksichtigung des subjektiven Willens des Täters auch rein theoretisch nicht getroffen werden kann, dann erscheint der Schluß als unabweislich, daß "dieses Moment ein wesentliches Stück des der Beurteilung unterliegenden Gegenstandes ist."<sup>5</sup> Wenn es zur Bejahung der Unrechtmäßigkeit einer Handlung erforderlich ist, das besondere subjektive Element festzustellen, dann ergibt sich sachlich keine Abweichung von der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen<sup>6</sup>.

- 
1. Ebenso Stöger, aaO S.34; auch Baumann, AT S.497 weist auf diesen Gesichtspunkt hin.
  2. So Krauß, ZStW 76,25.
  3. Siehe oben S.20 f m.N.
  4. So Oehler, aaO S.111; vgl. auch Stöger, aaO S.44 und neuerdings wieder Lüderssen, Strafgrund S.146 in Bezug auf die subjektiven Rechtfertigungselemente.
  5. Finger, GS 97,390 f; vgl. Krauß, ZStW 76,26 f.
  6. So auch Krauß, aaO S.27.

Es ist also festzustellen, daß der Unrechtsgehalt bestimmter Handlungen sich nicht allein aus dem äußeren Geschehen ableiten läßt<sup>1</sup>. Es kann somit Lampe zugestimmt werden, wenn er ausführt, die subjektiven Unrechtselemente ließen sich allein aus dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes nicht befriedigend erklären<sup>2</sup>. Sie erweisen sich nach allem als "Sprengkörper des klassischen Systems"<sup>3</sup>. Ihre Anerkennung zwingt zu einer subjektivierten Unrechtsauffassung<sup>4</sup>.

2. Die objektive Unrechtslehre geriet jedoch nicht nur durch die Erkenntnis, daß bei bestimmten Handlungen zur Begründung des strafrechtlichen Unrechts die Berücksichtigung des vom Täter mit der Handlung verfolgten Zwecks erforderlich ist, ins Wanken. Gleichzeitig wurde eine den subjektiven Unrechtselementen sehr ähnliche Erscheinung entdeckt: die subjektiven Rechtfertigungselemente<sup>5</sup>. Nach der Lehre vom Erfordernis dieser Elemente sollte nicht schon das objektive Vorliegen rechtfertigender Voraussetzungen

- 
1. So ganz h.M., und zwar neben den Vertretern einer weitgehend subjektivierten Unrechtsauffassung auch Autoren aus dem Lager der klassischen Unrechtslehre wie z.B. Baumann, AT S.291 ff, Engisch, F Schr. Rittler S.165 ff, Schönke-Schröder-Lenckner, StGB vor §13,54 ff und Dreher, StGB vor §1,26. Neuerdings hat auch Schmidhäuser seine zunächst sehr einschränkende (Gesinnungsmerkmale S.197 ff) Auffassung revidiert (F Schr.Engisch S.446 ff).
  2. GA 66,226.
  3. Busch, Wandlungen S.6; vgl. auch Zielinski, Handlungsunwert S.40 f.
  4. Vgl. auch Otto, Pflichtenkollisionen S.26.
  5. Auch hier begann die Diskussion früh: Hegler, ZStW 36,36 N.45, Beling, Lehre S.141 f und Nagler, F Schr.Binding Bd.II S.286 N.8.

tatbestandlichen Handelns für den Unrechtsausschluß genügen<sup>1</sup>, vielmehr wurde postuliert, daß der Täter zum einen die rechtfertigende Situation als solche erkannt und darüber hinaus mit dem Willen, das bedrohte Rechtsgut zu retten, gehandelt hatte. Der Wille, in Ausübung des Rechtfertigungsgrundes zu handeln, wurde somit zur Voraussetzung der Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens<sup>2</sup>.

Es soll hier nicht auf die nur "auf einen Wortstreit hinauslaufende Frage, ob man von "Ausschließung" nur bei etwas schon vorhandenem reden kann"<sup>3</sup>, eingegangen werden. Denn das vieldiskutierte Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit<sup>4</sup> verliert an

- 
1. Vgl. v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch S.199; auch Kraushaar, GA 65,17.
  2. Außer den Vertretern einer personalen Unrechtslehre, für die die Forderung nach subjektiven Rechtfertigungselementen eine Selbstverständlichkeit ist (Niese, Finalität S.17; v.Weber, Grundriß S.88; Maurach, AT S.301 ff; Welzel, Strafrecht S.84) befürworten auch Vertreter einer weitgehend objektiven Unrechtsauffassung die subjektiven Unrechtselemente; so z.B. Baumann, AT S.294 ff, 304 ff und v.Liszt-Schmidt, aaO S.199; gänzlich ablehnend z.B. Oehler, Zweckmoment und Nowakowski, ZStW 63, 319 (allerdings aufgegeben in JBl 72,19 ff), die damit dem Ausgangspunkt von der Objektivität allen Unrechts treu bleiben; w.N. bei Himmelfreich, Notwehr S.56 ff und Waider, Bedeutung S.86 ff, 113 ff.
  3. Hegler, ZStW 36,36 N.44.
  4. Dazu siehe besonders: Gallas, ZStW 67,5 ff, Roxin, Tatbestände S.108 ff und ZStW 83,383 ff, Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S.134 N.83, Engisch, Fschr.DJT Bd.I S.401, Schmidhäuser, Fschr.Engisch S.433 ff, Noll, GA 70,180, Jescheck, AT S.184 ff, Hirsch, Lehre S.152 ff,189 ff und Münzberg, Verhalten S.101 ff m.w.N.; jüngstens hat sich Sax (JZ 76,9 ff) dieser Problematik erneut angenommen, geht bei der Lösung der Sachfragen aber genau umgekehrt vor wie diese Untersuchung.

Bedeutung, wenn man - wie hier<sup>1</sup> - die Rechtswidrigkeit einer Handlung deren Tatbestandsmäßigkeit dogmatisch vorordnet und wenn man sich vor allem freimacht von dem Gedanken, daß alle Umstände, die für die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens bedeutsam sind, ihren Niederschlag im gesetzlichen Tatbestand gefunden haben müssen<sup>2</sup>.

- 
1. Dazu unten Teil II Kap.1; das umgekehrte Vorgehen wird deutlich in den Ausführungen von Sax, JZ 76, 9 ff, 80 ff.
  2. Dagegen zutreffend Münzberg, Verhalten S.74 ff und 100 ff. Lediglich als Konsequenz dieses unrichtigen Ansatzes ist die hitzige Diskussion um den Umfang des Tatbestandes und insbesondere um die Berechtigung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zu verstehen (dazu siehe besonders: Engisch, Untersuchungen S.344 und F Schr.DJT Bd.I S.409 f; H.R. Horn, Untersuchungen S.87; Roxin, Tatbestände S. 108 ff und Kriminalpolitik S.25 N.56; Welzel, Fahrlässigkeit S.14 ff; Plate, Beling S.157 ff; Hirsch, Lehre S.152 ff und Münzberg, aaO S.74 ff und 100 ff je m.w.N.).
- Letztlich geht es bei der Diskussion von der Gleichsetzung von gesetzlichem Tatbestand und unrechtsrelevantem Sachverhalt um die Tragweite des Vorsatzes, insbesondere um die rechtliche Behandlung des Verbotsirrtums (so auch Münzberg, aaO S.105 N.209 m.w.N.). Eine Erweiterung des gesetzlichen Tatbestands um sämtliche ungeschriebenen Merkmale, die das Unrecht einer Handlung konstituieren, nur um den "unrichtigen Eindruck" erwecken zu können, "es handele sich um eine unmittelbare Anwendung des §59 StGB" ist weder logisch zwingend, noch unbedingt geboten (so auch Münzberg, aaO S.105; vgl. auch Class, Grenzen S.107, Gallas, ZStW 67,29 und Brehm, Dogmatik S.120 f: "hermeneutischer Zirkel"). Es erscheint demgegenüber ehrlicher, die Wertung ausdrücklich auszusprechen, anstatt sie durch die Erweiterung eines terminus vermittelt eines logischen Schlusses im Gesetz "unterzubringen" (vgl. auch Hardwig, ZStW 78,7 ff, Noll, ZStW 77,5 f, Zielinski, Handlungsunwert S.220 m.w.N. und Schweikert, Wandlungen S.35 ff, 39.



Für diese Untersuchung kommt es an dieser Stelle lediglich darauf an festzustellen, daß auch bei den subjektiven Rechtfertigungselementen, auf die im übrigen wegen ihrer Strukturgleichheit mit den subjektiven Unrechtselementen nicht näher eingegangen werden soll, deutlich wird, daß an der These, nach der lediglich das objektive äußere Geschehen das Unrecht einer Tat konstituieren soll, nicht festgehalten werden kann<sup>1</sup>. Die subjektiven Rechtfertigungselemente sind das Korrelat der subjektiven Unrechtselemente<sup>2</sup>. Sie sind unvereinbar mit der Lehre von der Objektivität allen Unrechts<sup>3</sup>.

3. Nur angedeutet zu werden braucht schließlich ein dritter Punkt, an welchem die Kritiker der klassischen Unrechtslehre ansetzten. Es war dies die Sicht von der Rechtswidrigkeit einer Handlung als formeller Verstoß gegen eine Rechtsnorm - ja als "Ungehorsam gegenüber dem Staat"<sup>4</sup> - und die damit zusammenhängende Lehre, daß ein durch die Tatbestandsmäßigkeit als rechtswidrig indiziertes Verhalten nur dann gerechtfertigt sein könne, wenn ein Rechtssatz eine derartige Handlung ausdrücklich erlaube oder gar gebiete<sup>5</sup>.

- 
1. Auf die vom jeweils "gewählten" Unrechtsbegriff abhängigen Konsequenzen für die Annahme oder Ablehnung von subjektiven Unrechts- bzw. Rechtfertigungselementen hat Waider, Bedeutung S.83 ff und 173 ff eindringlich hingewiesen; vgl. auch Rudolphi, ZStW 83, 788 f.
  2. a.A. aber z.B. Langer, Sonderverbrechen S.318 N.146.
  3. Ebenso Schmitt, JuS 63, 67; vgl. auch Niese, Finalität S.17.
  4. Binding, Abhandlungen Bd.I S.81.
  5. Siehe oben S.17.

Die Unrechtslehre wurde entscheidend beeinflußt durch die Vertreter einer "teleologisch-wertbezogenen" Betrachtungsweise, die sich auf den "materiellen Gehalt des Delikts"<sup>1</sup> zurückbesann<sup>2</sup>. Man unterschied nunmehr zwischen formeller Rechtswidrigkeit als Verstoß gegen eine Rechtsnorm und materieller Rechtswidrigkeit<sup>3</sup> als "gesellschaftsschädlichem Verhalten"<sup>4</sup>, als "Sozialschädlichkeit"<sup>5</sup>, als Angriff also gegen rechtlich geschützte Interessen. Obwohl die Begriffe "Sozialschädlichkeit", "Gesellschaftsschädlichkeit", "soziale Zweckmäßigkeit" etc. offene Begriffe in dem Sinn sind, daß sie mit verschiedenen Inhalten gefüllt werden können, und obwohl diese Begriffe daher letztlich inhaltsleer sind, da sie die entscheidenden Maßstäbe für die vorzunehmende Wertung gerade nicht auszeigen<sup>6</sup>, obwohl also damit die Möglichkeit besteht, "unter Sozialschädlichkeit praktisch alles

- 
1. Kohlrausch, Irrtum S.47.
  2. Dazu siehe besonders Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S.48 ff, Hegler, ZStW 36,27 ff, Zimmerl, Lehre S.70 ff und v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch S.176; zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit siehe Heinitz, F Schr.Eb.Schmidt S.266 ff und Jescheck, ZStW 73,193.
  3. Die Unterscheidung stammt dem Ausdruck nach von v.Liszt, Lehrbuch (10.Aufl.,1900) S.118; die Begriffe formelle und materielle Rechtswidrigkeit werden allerdings nicht einheitlich benutzt, worauf Langer, Sonderverbrechen S.282 ff m.w.N. zutreffend hinweist.
  4. v.Liszt-Schmidt, aaO S.176, Hegler, aaO S.31 ff; vgl. auch Kohlrausch, aaO S.35, Graf zu Dohna, aaO S.38 ff, Heinitz, aaO S.266 ff sowie Noll, Rechtfertigungsgründe S.17 ff.
  5. Baumann, AT S.7 ff; Sauer, Strafrechtslehre S.53; Langer, aaO S.286 m.w.N.; vgl. auch Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S.164 ff.
  6. Vgl. auch Kratzsch, Grenzen S.77 ff; neuerdings auch Brehm, Dogmatik S.2 und Amelung, Rechtsgüterschutz S.260.

als sozial abträglich zu subsumieren, was strafbedürftig erscheint "<sup>1</sup>, eröffnete diese Theorie den Blick dafür, daß es verschiedene Grade von Unrecht geben kann<sup>2</sup> und daß von Unrecht nicht gesprochen werden darf, wenn eine "Interessenverletzung" in Wahrheit gar nicht vorliegt bzw. wenn das Verhalten nicht "sozialschädlich" ist.

Diese Lehre führte in der Folgezeit auf der Grundlage einer "Interessen-" bzw. "Güterabwägung" zur Anerkennung einer Vielzahl im Gesetz nicht geregelter Rechtfertigungsgründe wie z.B. der übergesetzliche Notstand<sup>3</sup>, die Pflichtenkollision<sup>4</sup>, die Sozialadäquanz des Verhaltens<sup>5</sup>, der Rechtfertigungsgrund

- 
1. Hirsch, Ftschr. Welzel S. 781; weiterführend siehe Amelung, aaO S. 350 ff, der versucht, nachvollziehbare Kriterien für die Sozialschädlichkeit aufzuzeigen.
  2. Vgl. dazu Kern, ZStW 64, 276 ff und unten Teil II Kap. 2.
  3. Anerkannt erstmalig durch RGSt 61, 254; dazu siehe insbesondere Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965 m.w.N.; jetzt geregelt in § 34 StGB.
  4. Dazu siehe besonders Otto, Pflichtenkollisionen und Rechtswidrigkeit, 1965 und Philipps, Handlungsspielraum S. 68 ff.
  5. Die Einordnung des Instituts des "sozialadäquaten Verhaltens" in den Verbrechensaufbau ist allerdings nach wie vor ungeklärt. Die Auffassungen reichen vom Schuldaußschluß (Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; dagegen zutreffend Zipf, ZStW 82, 640 f) über Rechtswidrigkeitsaußschluß (Engisch, Untersuchungen S. 286, Lampe, Unrecht S. 207 und Schmidhäuser, AT S. 298 ff; w.N. bei Roeder, aaO S. 66) und Tatbestandsaußschluß (Welzel, Strafrecht S. 55 ff, Jescheck, AT S. 190 ff, Eb. Schmidt, Ftschr. Engisch S. 347 ff und Zipf, aaO 647 ff) zur "Typenkorrektur" (Brehm, Dogmatik S. 112 f), "Interpretationsbehelf" (Roxin, Kriminalpolitik S. 23) bzw. zur "Vorverlagerung des Rechtfertigungsproblems" (Roxin-Schünemann-Haffke, Klausurenlehre S. 76). Zu dieser Problematik siehe oben S. 24 f und bes. S. 25 N. 1.

des "verkehrsrichtigen Verhaltens"<sup>1</sup>, die Einwilligung des Verletzten<sup>2</sup> und das "erlaubte Risiko"<sup>3</sup>, um nur die wichtigsten zu nennen.

- 
1. Dazu siehe besonders Welzel, Fahrlässigkeit S.12 ff, Engisch, F Schr.DJT BdI S.419 ff und Hardwig, JZ68, 290; auch Eb.Schmidt, F Schr.Engisch S.348 f (gegen diesen zutreffend Ulsenheimer, Pflichtwidrigkeit S.95 ff und Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.212 ff); weitere umfangreiche Nachweise bei Roeder, aaO S.84.
  2. Auch bei der Einwilligung ist streitig, ob sie den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit ausschließt; vgl. dazu z.B. Noll, Rechtfertigungsgründe S.74 ff und ZStW 77,14 ff, Plate, ZStW 84, 309 N.49, Schmidhäuser, F Schr.Engisch S.451 f, Roxin, ZStW 85,100 f und Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.14 ff je m.w.N.; siehe dazu auch Münzberg, Verhalten S.310 ff (Faktor innerhalb der Interessenabwägung - dazu unten Teil II Kap.1 D).
  3. Auch bei diesem "Rechtfertigungsgrund" ist die dogmatische Einordnung als Tatbestandsausschluß (z.B. Engisch, F Schr.DJT Bd. I S.418 und Welzel, Fahrlässigkeit S.24 ff), Rechtfertigungsgrund (z.B. Schönke-Schröder, StGB vor §32,100 ff, w.N. bei Kienapfel, Risiko S.19 f) oder als Schuld-ausschließungsgrund (N. bei Kienapfel, aaO S.19 f; Kritik bei Preuß, Untersuchungen S.78 ff) umstritten; differenzierend, Lenckner, F Schr.Engisch S.499 N.26. Zu diesen Fragen siehe eingehend Engisch, Untersuchungen S.285 ff, Roxin, ZStW 74, 430 ff, Rehberg, Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Preuß, Untersuchungen S.31 ff und Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.26 ff, der zutreffend auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen den Instituten des "Erlaubten Risikos", der "Einwilligung" und der "Sozialadäquanz" hinweist. Zur Einordnung dieser Institute gilt das oben S.24 f gesagte.  
Die enge Beziehung zwischen "erlaubtem Risiko" und rechtswidrigem (auch tatbestandsmäßigem) Verhalten zeigt sich u.a. auch darin, daß neuerdings die "Zurechnung" eines Verhaltens an die "Risikoerhöhung" geknüpft wird; dazu siehe unten Teil II Kap.1 B.

Es soll hier nicht darauf eingegangen werden, daß die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit fast ausschließlich unter dem Aspekt des Unrechtsausschlusses entwickelt worden ist<sup>1</sup>. Anzumerken ist insoweit lediglich, daß auch hier die jeweilige Sicht des Verbrechens - ex post bzw. ex ante - die maßgebliche Rolle spielt; denn daß die fehlende materielle Rechtswidrigkeit das Unrecht ausschließen kann, liegt doch nur daran, daß erst das Vorhandensein des materiellen Unrechts das strafrechtsrelevante Unrecht begründet<sup>2</sup>.

Für diese Untersuchung ist an dieser Stelle bedeutender, daß sich aus der immensen Erweiterung der Gründe einer Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens nur der Schluß ziehen läßt, daß der Erfolg einer Handlung deren Rechtswidrigkeit nicht "indizieren"<sup>3</sup> kann. Vielmehr ist die Rechtswidrigkeit jeden Verhaltens positiv festzustellen<sup>4</sup>. Denn zumindest theoretisch ist "die Prüfung des 'übergesetzlichen Notstands' (sprich: Vornahme der Interessenabwägung)" "bei jeder Rechtswidrigkeitsfeststellung durchzuführen. Sie ist nie Ausnahme, sondern stets die Regel."<sup>5</sup>

Muß aber die Rechtswidrigkeit des Verhaltens positiv festgestellt werden, obwohl aufgrund dieses Verhaltens

---

1. Dazu siehe insbesondere Heinitz, F Schr.Eb.Schmidt S.266 ff.

2. Vgl. auch Langer, Sonderverbrechen S.283 N.8.

3. Ausdrücklich gegen die Lehre von der durch die Tatbestandsmäßigkeit indizierten Rechtswidrigkeit z.B. v.Weber, JZ 64,428, Johannes, Täterschaft S. 43,53 und Münzberg, Verhalten z.B. S.328.

4. So auch Otto, Grundkurs S.65 f.

5. Münzberg, aaO S.328; vgl. auch v.Weber, aaO S.428 und Rudolphi, ZStW 85,123.

ein tatbestandsmäßiger Erfolg eingetreten ist, dann entfällt die starre Verknüpfung der Rechtswidrigkeit einer Handlung mit diesem auf ihr beruhenden Erfolg. Der Erfolg ist - als eingetretener - nicht mehr das hervorstechende Kriterium bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit einer Handlung.



## C Die Täterlehre der Lehre vom objektiven Unrecht

Ist schon die Unrechtslehre der objektiven Unrechtsauffassung nicht frei von Widersprüchen, so kann diese Theorie vom strafrechtlichen Unrecht die Täterlehre überhaupt nicht zutreffend erfassen, wie im folgenden dargelegt werden wird.

Dabei braucht nicht auf sämtliche Strömungen und Meinungen einzeln eingegangen werden, da die Arbeiten von Roxin<sup>1</sup> und Schroeder<sup>2</sup> ausführliche Darstellungen über die historische Entwicklung der Täterlehre enthalten. Da die genannten Untersuchungen auch unter unterschiedlichen Blickwinkeln geschrieben worden sind und die Autoren den Stoff jeweils von ihrem Standpunkt aus äußerst gründlich durchleuchtet haben, bestünde ohnehin nur geringe Hoffnung, ihren Arbeiten etwas hinzufügen zu können. Es scheint daher richtig, sich auf einige, für den Gang dieser Untersuchung wesentliche Aspekte zu beschränken.

Nach der Lehre vom objektiven Unrecht ist das Unrecht - abgesehen von den Möglichkeiten einer Rechtfertigung - durch die vom Willensinhalt abstrahierte Handlung und den kausal auf ihr beruhenden Erfolg bestimmt<sup>3</sup>. Für die Täterlehre bedeutet das: es war herauszufinden, ob und in welcher Weise die verschiedenen an einer Straftat beteiligten Personen für den Erfolg

---

1. Täterschaft und Tatherrschaft S.4 - 106.

2. Der Täter hinter dem Täter S.17 - 71.

3. Siehe oben S.16 f; auch Hardwig, Zurechnung S.67.

ursächlich geworden waren<sup>1</sup>, "ob zwischen Täterschaft, Beihilfe und Anstiftung ein Unterschied in der Art bestehe, daß schon der objektive Tatbeitrag der Person erkennen lasse, ob der Handelnde Täter ist oder nicht."<sup>2</sup>

Demgemäß lassen sich die kausalen Täterlehren in zwei Gruppen einteilen. Die eine Gruppe hält alle Bedingungen eines Erfolges für gleichbedeutend, die andere glaubt, in dem äußeren Geschehen Unterschiede in der Art der Verursachung nachweisen zu können<sup>3</sup>.

1. Ausgangspunkt der ersten Gruppe ist die Lehre von der Äquivalenz aller Bedingungen: "Kausalzusammenhang ist das Zusammenspiel aller Kräfte, die das bestimmte Ereignis bewirkt haben, denn alle Kräfte, aus welchen der verbrecherische Erfolg (Rechtsverletzung) besteht, sind gleich wesentlich für denselben und keine einzelne Kraft kann aus dem Erfolg ausgeschieden werden, ohne denselben in seinem konkreten Dasein in Frage zu stellen."<sup>4</sup> Diesen Kausalzusammenhang - "also die Verkettung von Tatsachen" - könne man nicht juristisch oder moralisch untersuchen<sup>5</sup>. Daraus ergebe sich, daß alle Bedingungen für den Erfolg - beruhe sie nun auf physischer oder psychischer Mitwirkung - gleichwertig und folglich objektiv

---

1. Vgl. Roxin, aaO S.4.

2. Hardwig, Zurechnung S.68 über die Lehre von der "Urheberschaft".

3. Vgl. Roxin, aaO S.5, 38 ff m.w.N.

4. v.Buri, Lehre S.1 f.

5. v.Buri, Causalität S.2 f; ebenso z.B. Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.245 und Hardwig, aaO S.69 und 79, der dort auch Stellung nimmt zu den Folgerungen, die für die Dogmatik aus diesem Satz hätten gezogen werden müssen.

geeignet seien, Täterschaft oder Beihilfe zu begründen<sup>1</sup>.

Dieser Ansatz läßt zwei Folgerungen zu, die auch beide gezogen worden sind:

a) Die Lehre vom Einheitstäter schloß aus der Gleichwertigkeit aller Bedingungen, daß es Unterschiede zwischen Täter, Anstifter und Gehilfe überhaupt nicht geben könne<sup>2</sup>.

Das dogmatisch bemerkenswerte an dieser Lehre ist, daß mit ihrer Hilfe eine rein objektive Abgrenzung von Unrecht und Schuld aufrechterhalten und gleichwohl die Täterlehre im Bereich des strafrechtlichen Unrechts<sup>3</sup> belassen werden konnte. Die Lehre vom Einheitstäter läßt sich jedoch schon deshalb mit dem Gesetz nicht vereinbaren, weil dieses zwischen Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe differenziert<sup>4</sup>. Auch wenn die Teilnahme nicht ausdrücklich strafbedroht wäre, wäre die Lehre vom Einheitstäter abzu-

---

1. v.Buri, Lehre S.2 ff; daß trotz Anerkennung der Äquivalenztheorie als Kausaltheorie diese Folgerungen unrichtig sind, wird zu zeigen sein; dazu siehe unten Teil II Kap.1.

2. v.Liszt, Lehrbuch S.204; siehe auch Roeder, ZStW 69,238 f und Rittler, AT S.238 ff; neuerdings die Einheitstätertheorie bejahend z.B. Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, ders., JuS 74,1 ff; positiv wohl auch Schilling, Verbrechensversuch S.116 f und - für einen Sonderfall - Schöneborn, ZStW 87,915 ff, 923; schließlich - allerdings vom Boden des österreichischen Rechts aus - Platzgummer, JBl 71,244.

3. Dazu siehe oben S.7 f.

4. So auch Roxin, aaO S.5 und JuS 73,334, Gallas, Gutachten S.140 ff, Bockelmann, Untersuchungen S.109 ff, Jescheck, AT S.429 und Samson in SK §25,2.

lehnen gewesen<sup>1</sup>. Entscheidend ist nämlich, daß die Handlungen des Anstifters und des Gehilfen von den Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs gar nicht erfaßt werden<sup>2</sup>, so daß die Anwendung dieser Strafvorschriften auf diese Handlungen verbotene Analogie wäre.

b) Dem kausalen Ansatzpunkt von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen treu blieben aber auch zwei Lösungen, die die vom Gesetz vorgenommene Differenzierung der Beteiligungsformen beachteten:

aa) Die Theorie vom "extensiven Täterbegriff"<sup>3</sup> entstand zwar in der Abkehr von der kausalen Betrachtungsweise auf der Basis einer normativ-teleologischen Anschauung<sup>4</sup>. Da jedoch "jeder, der eine Tatbestandsverwirklichung, und damit (materiell gesprochen) eine Rechtsgutsverletzung rechtswidrig und schuldhaft bewirkt, als Täter ... angesprochen werden müßte"<sup>5</sup> und zwar gleichgültig, ob er eine der Deliktsbeschreibung entsprechende Handlung selbst vorgenommen hat oder diese durch einen Dritten vornehmen ließ, erscheint die normative Betrachtungsweise als sekundär gegenüber der kausalen: Grundlage des extensiven Täterbegriffs ist die Äquivalenztheorie<sup>6</sup>.

---

1. a.A. aber Herzberg, Unterlassung S.305 und JuS 74, 238.

2. So auch Herzberg selbst an anderer Stelle: GA 71,1 ff; dazu siehe Teil III Kap.1 B, 2 und 3.

3. Das Ausdruck stammt von Zimmerl, ZStW 49,40.

4. Übersicht bei Roxin, aaO S.8 ff; zum Ausgangspunkt dieser Lehre siehe Eb.Schmidt, Fgabe Frank Bd. II S.106 ff, 114.

5. So Eb.Schmidt, aaO S.117.

6. So auch Jescheck, AT S.493 und Mir, Ffschr.Welzel S.648; siehe auch Roxin, aaO S.10, Schroeder, Täter S.36 f, 45 f und Maurach, AT S.619 ff.

Danach ist Täter also jeder, der eine tatbestandsmäßige Rechtsgüterverletzung verursacht, wenn er nicht Anstifter oder Gehilfe ist; die Vorschriften über Beihilfe und Anstiftung erscheinen somit als Strafeinschränkungsgründe<sup>1</sup>.

Obwohl die Theorie vom extensiven Täterbegriff somit den Vorzug hat, den Bereich des strafrechtsrelevanten Unrechts weiterhin objektiv abgrenzen zu können<sup>2</sup>, indem der Täter als "bloßer Verursacher tatbestandlicher Rechtsgüterverletzungen"<sup>3</sup> definiert werden kann, ist sie dennoch abzulehnen. Dabei wollen wir uns in Anbetracht der Vielzahl von Argumenten, die schon früher gegen den extensiven Täterbegriff vorgebracht worden sind<sup>4</sup>, auf zwei von Roxin vorgebrachte Einwände beschränken:

Nach dem Grundgedanken der Lehre vom extensiven Täterbegriff, demzufolge bei teleologischer Betrachtung jeder Akt der Erfolgsherbeiführung gleichwertig ist, bleibt unklar, warum es die Strafeinschränkungs-

- 
1. Vertreter dieser Lehre waren z.B. Eb.Schmidt, aaO, Mezger, Lehrbuch S.415 ff und neuerdings wieder Spendel, JuS 74,749 ff; siehe dazu auch Schroeder, aaO S.44 f, 50 und 53 f.
  2. Objektive Abgrenzungskriterien verwandten z.B. Eb.Schmidt, aaO S.118 und Mezger, aaO S.443 f; später wurde die Möglichkeit einer rein objektiven Abgrenzung überwiegend bezweifelt; z.B. Lange, Täterbegriff S.52 f; w.N. bei Schroeder, aaO S.37; neuerdings wieder für eine objektive Abgrenzung Spendel, aaO S.754 f.
  3. So Roxin, aaO S.29 über die Lehre vom extensiven Täterbegriff.
  4. Siehe dazu z.B. Zimmerl, ZStW 49,39 ff, Gallas, Gutachten S.122 ff, Lange, aaO S.37 ff, Schroeder, aaO S.44 ff, Sax, JZ 63,337 und Gerhardt, Abgrenzung S.12 f.

gründe "Anstiftung" und "Beihilfe" überhaupt gibt. Der Gesetzgeber hat bei seiner unterschiedlichen Regelung für Anstiftung, Beihilfe und Täterschaft gerade auf die Verschiedenartigkeit der Mitwirkung der einzelnen Tatbeteiligten abstellen wollen<sup>1</sup>.

Zum anderen ist es der Lehre vom extensiven Täterbegriff nicht gelungen, einen "primären Täterbegriff" zu entwickeln, d.h. die Täterschaft unabhängig vom Vorliegen einer Anstiftung oder Beihilfe zu begründen<sup>2</sup>. Zwar ist nach dieser Theorie Täter jeder Verursacher einer tatbestandsmäßigen Rechtsgutsverletzung; als Täter bestraft werden kann jedoch nur derjenige Verursacher, bei dem die "Strafmilderungsgründe" Anstiftung oder Beihilfe nicht eingreifen<sup>3</sup>: Täter ist also letztlich der, der nicht Teilnehmer ist<sup>4</sup>.

bb) Die von v.Buri<sup>5</sup> entwickelte subjektive Teilnahmelehre<sup>6</sup> zieht aus der Hypothese von der Gleichwertig-

- 
1. Roxin, aaO S.28 f.
  2. Roxin, aaO S.29 f; zur Notwendigkeit eines primären Täterbegriffs siehe z.B. Lange, aaO S.5 f und besonders unten Teil III Kap.1 B.
  3. Vgl. auch Roxin, aaO S.9 ff und 29 sowie Maurach, AT S.621 je m.w.N.
  4. So z.B. Bockelmann, Untersuchungen S.76 N.106 und Mezger, Lehrbuch S.415.
  5. Zuerst in: Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860; w.N. bei Schroeder, aaO S.35.
  6. Übersicht und Nachweise bei Roxin, aaO S.5 f, 51 ff und 90 ff sowie bei Schroeder, aaO S.35 ff; heute wird die subjektive Teilnahmelehre außer von der Rechtsprechung noch z.B. von Baumann, AT S.537 ff; ders., JuS 63,59 und NJW 63,561, Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor §25,63 ff, Nowakowski, JZ 56,545 ff; v.Weber, Grundriß S.65, Kotsalis, Täterschaft S.32 und Busch, LK vor §47,8 und 21 vertreten.



keit aller Bedingungen und der daraus folgenden Unmöglichkeit einer Unterscheidung der Beteiligungsformen im objektiven Bereich den Schluß: der Gehilfe müsse stets Mittäter sein, "wenn diese Verschiedenheit (scil. zwischen den Beteiligungsformen) aus der objektiven Beschaffenheit der gemeinschaftlich geäußerten Tätigkeit hergeleitet werden müßte. Darum kann die Verschiedenheit zwischen Hülfeleistung und Mittäterschaft nur eine subjektive, durch die Verschiedenheit des Willens des Gehilfen und des Mittäters begründete sein."<sup>1</sup> Täter ist folglich, wer einen kausalen Tatbeitrag mit Täterwillen leistet, Teilnehmer, wer dabei nur Teilnehmerwillen hat<sup>2</sup>.

Von einer eingehenden Kritik der subjektiven Teilnahmelehre kann hier abgesehen werden, da die Einwände schon häufig vorgetragen worden sind<sup>3</sup>. Es sei daher erlaubt, lediglich die Argumentation zusammenzufassen, um dann zu einem bisher nicht genügend beachteten Einwand zu gelangen, der im Zusammenhang dieser Untersuchung vor allem interessiert.

Die Kriterien "animus auctoris", "animus socii", "Unterordnung unter einen fremden Täterwillen", "Interesse an der Tat" etc., die es erlauben, auch den bei der Ausführung der Tat allein und frei Handelnden lediglich als Gehilfen zu behandeln<sup>4</sup>,

---

1. RGSt 3,182.

2. Nachweise bei Roxin, aaO S.52 ff.

3. Siehe schon Beling, GS 101,10, aber auch Gallas, Gutachten S.123 ff, Sax, JZ 63,330 ff, Schroeder, Täter S.37 ff, Roxin, aaO S.618 ff und Roxin-Schünemann-Haffke, Klausurenlehre S.118 f.

4. So RGSt 74,84 und neuerdings BGHSt 18,90; zustimmend z.B. Baumann, NJW 63,562 ff; vgl. auch Nowakowski, JZ 56,548 und Schroeder, aaO S.39 f.

lassen im konkreten Fall alles offen. "Die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist damit in der praktischen Rechtsanwendung dem Ermessen des Tatrichters anheimgestellt."<sup>1</sup> "Dem Täter wird, nachdem ihn eine Ganzheitsbetrachtung als solchen erwiesen hat, der Täterwille, dem Teilnehmer der Teilnehmerwille unterstellt. Die animus-Formel ist also eine Tarnung für die richterliche Wertung auf Grund einer Ganzheitsbetrachtung."<sup>2</sup>

Die subjektive Teilnahmelehre verlangt als Voraussetzung einer Bestrafung als Täter neben der Tatbestandsverwirklichung noch ein zusätzliches Kriterium<sup>3</sup>: den Täterwillen. Abgesehen davon, daß

- 
1. Jeschek, AT S.494.
  2. Roxin, aaO S.111; vgl. auch aaO S.618 ff und (3.Aufl.) S.561 ff sowie Kriminalpolitik S.9 f, 20 ff; siehe auch Schöneborn, ZStW 87,905 f, Herzberg, JuS 74, 239 und Busse, Täterschaft S.145 f und 155 ff.
  3. Dies gilt nach Schroeder, aaO S.39 f, 63 auch für alle anderen "materiellen" Theorien wie z.B. auch die Tatherrschaftslehre. Auch Gimbernath-Ordeig, ZStW 80,919 stellt die subjektive Teilnahmelehre und die Tatherrschaftslehre in dieser Beziehung auf eine Stufe, denn "Täter sei für diese Auffassungen derjenige, der ausführend oder nichtausführend - das ist eben gleichgültig - mit Täterwillen bzw. mit Tatherrschaft handelt. Was man mit den Kriterien des Täterwillens und der Tatherrschaft in erster Linie beabsichtigte, war wohl, die Täterqualität des mittelbaren Täters zu begründen." Vgl. dazu auch Herzberg, Täterschaft S.13 f; ähnlich wohl auch Jakobs, GA 71,264. Diese Auffassungen erscheinen jedoch als unrichtig; dazu siehe unten Text, insbesondere Teil III Kap.1.  
Daß die Kritik von Schroeder und Gimbernath-Ordeig im Ergebnis dennoch zutrifft, ist deutlich an den Ausführungen von Mir, Fschr.Welzel S.646 f zu erkennen, der die Tatherrschaft von der Ausführung der tatbestandsmäßigen Handlung trennen zu können glaubt (vgl. auch Schroeder, aaO S.39 ff, Less, JZ 51,552, Sax, JZ 63,337 f, Herzberg, aaO S.14).

nach dieser Theorie - wenn sich z.B. jeder dem anderen unterordnen will - eine tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen werden könnte, ohne daß es einen Täter gibt<sup>1</sup>, ist die Einführung dieses Zusatzkriteriums "Täterwille" vor allem deshalb abzulehnen, weil es einen dem Gesetz unbekannten Strafmilderungsgrund bildet<sup>2</sup>.

Eine Abgrenzung nach der Willensrichtung der Tatbeteiligten und damit die subjektive Teilnahmelehre muß, selbst wenn man von dem Problem der Beweisbarkeit eines "animus auctoris" bzw. eines "animus socii" einmal absieht<sup>3</sup>, auch im Bereich der Unterlassungsdelikte versagen<sup>4</sup>, da man einen außerhalb der eigenen Sphäre verlaufenden Kausalverlauf nicht als eigenen wollen bzw. sich dabei nicht einem fremden Täterwillen unterordnen kann<sup>5</sup>.

Für diese Untersuchung kommt es letztlich jedoch

- 
1. Dabei wird allerdings mittels Fiktion des Täterwillens ausgeholfen; vgl. dazu Schroeder, aaO S.40 m. w.N., Roxin, aaO S.87, Bockelmann, AT S.168, der zutreffend von unbeachtlicher "Mentalreservation" spricht, Lange, Täterbegriff S.47: "protestatio facto contraria"; ausdrücklich befürwortet wird eine Teilnahme ohne Haupttat jedoch von Lüderssen, Strafgrund S.188 f; dazu siehe z.B. Busse, Täterschaft S.230 ff, 238 ff und besonders unten Teil III Kap.1 B.
  2. Roxin, aaO S.128 und Schroeder, aaO S.192; vgl. aber schon Beling, GS 101,10 : "ein das Gesetz ausschaltendes und im Ergebnis oft kraß vergewaltigendes reines Phantasieprodukt".
  3. Dazu siehe Oehler, Zweckmoment S.117 und Burkhardt, Rücktritt S.21 m.w.N.
  4. a.A. allerdings Baumann, JuS 63,59 und 137.
  5. So z.B. Roxin, aaO S.490 ff, Schroeder, aaO S.37 f und Herzberg, Unterlassung S.259; kritisch auch Gallas, JZ 60,650; auch Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor §25,80 lehnen für den Bereich der Unterlassungsdelikte die subjektive Lehre ab.

maßgeblich gar nicht auf diese berechtigten Einwände an. Vielmehr erscheint uns ein systematisches Argument das größte Gewicht zu besitzen: wenn alles subjektive Geschehen zum Bereich der Schuld zählt und wenn eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nur im Bereich des subjektiven Geschehens möglich ist, dann gehört die gesamte Lehre von der Täterschaft in den Bereich der Schuldlehre; Täterschaft und Teilnahme werden dann zu sich im Unrechtsbereich nicht unterscheidenden Schuldstufen<sup>1</sup>.

Diese Folgerung widerspricht jedoch dem allseits als zutreffend akzeptierten Ausgangspunkt, wonach die Täterlehre Teil der Lehre vom tatbestandlichen Unrecht ist und die Beteiligungsformen sich schon im Unrechtsbereich unterscheiden<sup>2</sup>.

Wenn man diesen Widerspruch vermeiden will, indem man den Täterwillen zum Bereich des strafrechtsrelevanten Unrechts zählt, dann ist damit die These von der Objektivität allen Unrechts - und damit die klassische Unrechtslehre - schon verlassen.

2. Auch die sogenannten objektiven Theorien, die die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme im objektiven Bereich zu finden glauben<sup>3</sup>, entstanden

---

1. So ausdrücklich v.Buri, Beziehungen S.62 f; der Sache nach auch Wegner, AT S.250 und Nowakowski, Grundzüge S.95; vgl. auch Sax, JZ 63,334; auch Roxin, aaO S.619 (ders. 3.Aufl., S.581 und Ged. schr.Radbruch S.266) weist auf die Notwendigkeit dieser Schlußfolgerung hin; siehe auch Krümpelmann, ZStW 87,896 und Hardwig, ZStW 68,36 N.37.

2. Siehe dazu oben S.7 f.

3. Nachweise und Kritik bei Roxin, aaO S.31 f, 34 ff, 60 ff, Schroeder, aaO S.32 ff, 58 ff und Perten, Beihilfe S.11 - 34.

ursprünglich auf dem "Boden einer reinen Kausalbe-  
trachtung".<sup>1</sup> Auf die im einzelnen benutzten Kri-  
terien<sup>2</sup> und speziell deren Berechtigung bzw. Richtig-  
keit braucht hier jedoch nicht eingegangen zu werden.  
Denn was Gallas gegen die formal-objektive Theorie  
eingewendet hat, gilt für alle anderen objektiven  
Tätertheorien ebenfalls: "Solange sie in den Hand-  
lungsbeschreibungen der Tatbestände Beschreibungen  
kausaler Vorgänge" sehen, vermögen sie "nicht zu  
erklären, wieso (in diesen Beschreibungen ein gegen-  
über der Ursächlichkeit der Tat selbständiger  
Wertmaßstab enthalten ist."<sup>3</sup>

Tatsächlich haben die Anhänger der objektiven Täter-  
lehren die Äquivalenztheorie auch häufig angegriffen  
bzw. Kriterien eingeführt, die mit der Theorie von  
der Gleichwertigkeit aller Bedingungen nicht zu  
vereinbaren waren wie z.B. die Unterscheidung zwischen  
Ursache und Bedingung<sup>4</sup> oder zwischen psychisch  
vermittelter und physischer Kausalität<sup>5</sup>.

---

1. Roxin, aaO S.6.

2. Dazu siehe Roxin, aaO S.31 ff und Busse, Täterschaft  
S.146 ff; w.N. auch oben S.5 f.

3. Niederschriften S.125 f; vgl. auch Lange, Täter-  
begriff S.16.

4. z.B. Eb.Schmidt, Fgabe Frank Bd. II S.113 und  
v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch S.166; siehe auch  
Perten. aaO S.11 ff.

5. N. bei Roxin, aaO S.44 ff; dieses Kriterium führte  
das berühmt gewordene Problem von der "Unter-  
brechung des Kausalzusammenhangs" herbei; vgl.  
Eb.Schmidt, aaO S.114; dazu auch Schroeder, aaO  
S.33; neuerdings in Verbindung mit der Willens-  
freiheit: Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.23 f,  
242, 245 f; siehe auch Otto, F Schr.Maurach S.96 ff  
und Naucke, ZStW 76,424 ff, 433 ff, die auf die  
Verwandtschaft dieser Theorie mit der Lehre von  
der objektiven Zurechnung hinweisen.

Das gilt auch für die Vertreter der Lehre von der Tatherrschaft<sup>1</sup>, die davon ausgehen, daß ein Handlungsgeschehen eine objektiv-subjektive Sinneinheit sei und daß der Erfolg einem "dominus causae"<sup>2</sup> zugerechnet werden könne, d.h. daß er Werk eines das Geschehen lenkenden (finalen) Willens sei<sup>3</sup>. Obwohl sich "hier die Vermutung nicht von der Hand weisen" läßt, daß "die Tatherrschaft von ihren Vertretern genauso willkürlich dekretiert wird wie früher der animus auctoris vom Reichsgericht"<sup>4</sup>, braucht auf die von den Vertretern der Tatherrschaftslehre verwendeten

- 
1. Bemerkenswert ist dabei, daß der Begriff der "Tatherrschaft" von Hegler, ZStW 36,184 ff im Bereich der Schuldlehre entwickelt worden ist und daß fast alle Vertreter der Tatherrschaftslehre weite Bereiche dessen, was damals zur Schuld zählte, zum Bereich des tatbestandsmäßigen Unrechts rechnen. Daß die neue Unrechtslehre zunächst als Schuldlehre erfunden werden mußte, entbehrt nicht der Folgerichtigkeit, da damals das Unrecht lediglich als objektive Größe gesehen wurde; das Prinzip der Zweckhaftigkeit (dazu siehe Honig, Fgabe Frank Bd.I S.200) war als Unrechtskonstituens noch nicht erkannt: die Zweckhaftigkeit, die Finalität, mußte daher zunächst im Bereich der Schuld ihren Platz finden.
  2. Horn, A., GS 54,321 ff und 365 ff; dazu siehe auch die Würdigung durch Roxin, aaO S.48: "mit dem Kausalitätsbegriff haben sie (scil. die Erwägungen Horns) schlechterdings nichts zu tun."
  3. Johannes, Täterschaft S.41; siehe auch oben S.39 N.3.
  4. Vgl. Lobe, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches; Welzel, ZStW 58,539; w.N. bei Roxin, aaO S.60 ff und Schroeder, aaO S.58 ff. Dabei ist allerdings zu beachten, daß die Vertreter dieser Teilnahmelehre in aller Regel auch einen anderen Unrechtsbegriff vertreten als z.B. die Vertreter der finalen Handlungslehre, die nur als finale Unrechtslehre haltbar ist; dazu siehe z.B. Roxin, ZStW 74,548 ff, Krauß, ZStW 76,52 N.141, v.Bubnoff, Entwicklung S.153 und Gallas, ZStW 67,1 ff je m.w.N.



Kriterien<sup>1</sup> an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden. Denn auch wenn man die Gleichheit lediglich für die Verursachung selbst postuliert und die Bedingungen dann gesondert werten zu können glaubt, kann keine Theorie, die die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme im Bereich des objektiven Geschehens vornehmen will, auf dem Boden der Äquivalenztheorie stehen: denn sie ist jedenfalls gezwungen, die Kausalbeiträge zu werten. Gerade diese Wertung widerspricht aber der Bedingungstheorie<sup>2</sup>.

Jede objektive Täterlehre tendiert somit "zu einer Überwindung des kausalen Ansatzpunktes" der Unrechtslehre bzw. ist letztlich mit diesem unvereinbar.<sup>3</sup>

Es kann somit als Ergebnis festgehalten werden, daß es nicht möglich ist, die Lehre von Täterschaft und Teilnahme widerspruchsfrei in die klassische Unrechtslehre einzuarbeiten. Die Täterlehre ist somit ein weiteres Indiz für die Unrichtigkeit der genannten Unrechtslehre.

- 
1. Kritisch dazu schon Hardwig, GA 54,355 ff; wenn Gimbernat-Ordeig, ZStW 80,925 ff die benutzten Kriterien "unpräzise" nennt und ausführt, es würde sich häufig um Behauptungen statt um Begründungen handeln, dann kann ihm darin zugestimmt werden. Das wird deutlich, wenn ausgeführt wird, jemand, der den Tatbestand erfülle, sei Täter, auch wenn er keine Tatherrschaft habe (Mir, F Schr. Welzel S.446 f und Schroeder, aaO S.39 ff, 68 ff), bzw. daß die Tatherrschaft zum Täter mache, auch ohne daß der Tatbestand erfüllt (!) würde (Mir, aaO S.647). Dazu siehe auch oben S.39 N.3 und unten Teil III Kap.2.
  2. Siehe oben S.33 N.5; a.A. z.B. Herzberg, Täterschaft S.25: Daß beide ... denselben Erfolg bewirken, verbietet der kausalen Handlungslehre nicht, die Handlungen beider verschieden zu bewerten.
  3. Vgl. Roxin, aaO S.36.



## Kapitel 2 Grundlagen einer neuen Unrechtslehre

Im vorigen Kapitel wurde aufgezeigt, daß das System der klassischen Unrechtslehre unlösbare Widersprüche<sup>1</sup> enthält und daß die Teilnahmelehre nicht befriedigend in ihr Unrechtssystem eingeordnet werden kann. Bevor eine Unrechtslehre - die ja zugleich Täterlehre ist - skizzenartig dargelegt wird, sollen zunächst die Prämissen einer solchen kurz aufgezeigt werden. Dabei ist zu bemerken, daß schon der Ansatzpunkt der Lehre vom objektiven Unrecht verfehlt ist: das Strafrecht beinhaltet - insoweit teilweise anders als das Zivilrecht - keine Zustandsordnung; es geht darin auch nicht um die Übernahme von wirtschaftlichen Risiken durch den Nutznießer desselben, sondern es handelt sich bei den Rechtsfolgen, die im Bereich des Strafrechts an ein "rechtswidriges" Verhalten geknüpft sind, um ein Einstehenmüssen der Person des Handelnden selbst<sup>2</sup>.

Ein solches Einstehenmüssen, d.h. das Aufsichnehmen von Strafen oder Maßregeln, "bedarf eines personalen Substrats"<sup>3</sup> und erscheint infolgedessen nur dann nicht als ungerecht und willkürlich, wenn diese

- 
1. Hardwig, Zurechnung S.75 spricht sogar von einem "Schein-System".
  2. Vgl. dazu auch Roxin, ZStW 74,529 sowie Hardwig, aaO S.7 f und Schünemann, Grenzen S.118 N.5o.
  3. Lampe, ZStW 79,5o6.

Rechtsfolge für den Handelnden vermeidbar war. Gerade für den Bereich des Strafrechts gilt damit der Satz, daß es Aufgabe des Rechts sein muß, den Rechtsunterworfenen "zu inhaltlich richtigem Wollen anzuleiten."<sup>1</sup> Die Norm soll "im Vorstellungsbereich und Motivationsprozeß der einzelnen Rechtsgenossen eine Bestimmungsfunktion zu rechtmäßigem Verhalten ausüben."<sup>2</sup>

Diese Funktion erfüllt die Rechtsnorm dadurch, daß sie bestimmte Tätigkeiten oder bestimmte Erfolge "verbietet"<sup>3</sup> und dieses Verbot durch Androhung von Sanktionen, die an die Übertretung des Verbots geknüpft sein sollen, verstärkt.

Das bedeutet, daß der Gesetzgeber schon vor Erlaß des Gesetzesbefehls das mögliche Verhalten bewertet hat, daß also die "Bewertungsnorm" der "Bestimmungsnorm" (logisch) vorrangig ist<sup>4</sup>. Die Bewertung eines solchen möglichen Verhaltens bzw. eines möglichen Erfolges als unerwünscht ist lediglich das Motiv der Rechtsetzung, nicht dagegen Inhalt der Rechtsnorm

- 
1. Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S.150.
  2. Nowakowski, ZStW 63,289 f; vgl. z.B. auch Gimbernat-Ordeig, Fschr.Henkel S.155, Engisch, Fschr.DJT Bd.II S.422, Stöger, Versuch S.42 f, Himmelreich, Notwehr S.48, Michaelowa, Begriff S.66 und Oehler, Zweckmoment S.42; neuerdings siehe auch Jakobs, Studien S.1 ff, 34 ff, 39 ff und 64 ff, der den Norminhalt allerdings auf ein Motiv zur Erfolgsvermeidung beschränkt und damit wieder in die Nähe der früheren Imperativentheorie gerückt ist, die - wie er - auf das Vermeidenkönnen des einzelnen Normadressaten abstellte; dazu siehe auch Teil II Kap.1 C.
  3. Vgl. Münzberg, Verhalten S.61, Hold-Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd.I S.387, Welzel, Strafrecht S.51, H.R. Horn, Untersuchungen S.56 f, Schünemann, Grenzen S.10 f, Otto, ZStW 87,567, Jescheck, AT S.179 und Gallas, ZStW 67,15 N.41 je m.w.N.
  4. Sieverts, Beiträge S.97 ff; auch Roxin, Kriminalpolitik S.15, Jescheck, AT S.178 f und Münzberg, aaO S.62; a.A. z.B. Hardwig, aaO S.165 f.

selbst<sup>1</sup>; denn aus der bloßen Bewertung ergibt sich nicht die Verpflichtung zu einem Tun<sup>2</sup>. Inhalt der Norm ist daher lediglich die objektive, d.h. von den Fähigkeiten des Normadressaten unabhängige<sup>3</sup> Sollensanforderung der Rechtsordnung an den Normunterworfenen, sich in bestimmter Weise zu verhalten bzw. nicht zu verhalten, d.h. ein Imperativ<sup>4</sup>.

- 
1. Münzberg, aaO S.63 N.124; vgl. auch Otto, ZStW 87, 549, Jescheck, AT S.179, E.Horn, Gefährdungsdelikte S.71 und Jakobs, Studien S.7 ff m.w.N.
  2. Münzberg, aaO S.64 N.126 a; a.A. wohl Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein S.140 ff.
  3. Zur Lehre von der Tauglichkeit des Normadressaten, der "Sackgasse, in der sich die Unrechtslehre mit der Imperativentheorie festgerannt hatte" (Maihofer, Fschr.Eb.Schmidt S.168) siehe z.B. Hold-Ferneck, aaO S.198 ff und Bd.II S.15 ff, Mezger, GS 89,207 ff, Fischer, Rechtswidrigkeit S.23 ff, 43 ff, Nagler, Fschr.Binding Bd.II S.335 ff, Armin Kaufmann, Normentheorie S.121 ff, Arthur Kaufmann, Fschr.H. Mayer S.113 f, Lampe, ZStW 79,499 ff, Schünemann, Grenzen S.21 und Münzberg, aaO S.9, 211 ff und 241 ff; dazu siehe auch unten Teil II Kap.1 C.
  4. Der auf diese Weise entschärfte, brauchbare Kern der bereits totgesagten Imperativentheorie (Gallas, ZStW 67,36, Nagler, aaO S.311 f) hat neuerdings wieder eine zunehmende Zahl von Anhängern gefunden: z.B. H.R.Horn, Untersuchungen S.57, Hardwig, aaO A.108 ff, Oehler, Zweckmoment S.37 ff, Niese, Finalität S.60, Gallas, ZStW 67,15, Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.36 ff, Albracht, Versuch S.43, E.Horn, Gefährdungsdelikte S.71 ff, Zielinski, Handlungsunwert S.87, 121, Engisch, Untersuchungen S.432, 450, Michaelowa, Begriff S.58 ff, Stratenwerth, SchwZStr. 79,247 f und Fschr.Schaffstein S.177 ff und Stöger, Versuch S.35; w.N. bei Münzberg, aaO S.49 ff. Für die Lehre von der Norm als Bewertungsnorm: z.B. Baumann, AT S.267, Blei, AT S.88, Nowakowski, ZStW 63,288, Marx, Definition S.70 ff, Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein S.132 ff und Maurach, AT S.291; dogmengeschichtlicher Überblick und w.N. bei Mezger, GS 89,207 ff und Münzberg, aaO S.49 ff. Zur sog. "Doppelfunktion der Norm" Mezger, GS 89, 207 ff, Oehler, aaO S.20 ff und neuerdings wieder Langer, Sonderverbrechen S.312 ff m.w.N.

Ist aber Norminhalt ein Imperativ, d.h. die Pflicht zu einem bestimmten Verhalten oder das Verbot eines solchen, dann kann Ansatzpunkt der Strafrechtsdogmatik nicht ein verursachter Erfolg sein, sondern nur das rechtswidrige Handeln eines Normunterworfenen, das diesen Erfolg bewirkt. Die Tatsache, daß der "modus procedendi" der Praxis vom Erfolg der Tat ausgeht, ändert nichts daran, da es hier um eine gewisse Ökonomie der Anstrengungen geht: erst ~~der~~ "corpus delicti" läßt die Suche nach einem Täter als sinnvoll erscheinen<sup>1</sup>.

Die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens - als Erfolgsverursachung bzw. als Kausalität eines Verhaltens für den verursachten tatbestandsmäßigen Erfolg aufgefaßt - ist aber nicht das entscheidende Kriterium für die Bejahung des Vorliegens einer Straftat<sup>2</sup>. Vielmehr ist eine Straftat nur dann gegeben, wenn der Erfolg rechtswidrig, d.h. durch rechtswidriges Handeln verursacht worden ist<sup>3</sup>.

- 
1. Der "nachträgliche" Standpunkt "von der Tat zum Täter" hat die kausale Handlungslehre hervorgebracht; aus dem Geist des vorwärtsschauenden Standpunktes "vom Täter zur Tat" ist die finale Handlungslehre geboren; so zutreffend Hall, Fschr. H.Mayer S.38 f.  
Hall (Lehre S.155 ff) wies schon früher darauf hin, daß die Lehre vom Tatbestand ein Ausfluß prozessualen Denkens sei, eine "Subsumptionsordnung für den procedierenden Richter" (S.160); zustimmend Plate, Beling S.121; vgl. auch Otto, Fschr.Maurach S.92, Zielinski, aaO S.209 ff, Wegner, AT S.112 und Würtemberger, Situation S.59 (dazu aber Amelung, Rechtsgüterschutz S.278 f).
  2. Vgl. Münzberg, aaO z.B. S.80 und Hardwig, Zurechnung S.90 ff.
  3. Siehe auch Hall, Erinnerungsgabe Grünhut S.222.

Der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens ist also die Rechtswidrigkeit des Handelns dogmatisch vorgeordnet<sup>1</sup>: eine Handlung muß zunächst rechtswidrig sein, bevor sie tatbestandsmäßig werden kann<sup>2</sup>. Ein Erfolg ist nur dann "rechtswidrig"<sup>3</sup>, wenn die Handlung, auf der er beruht, rechtswidrig war<sup>4</sup>. Lediglich die Tatsache, daß dieser Zusammenhang nicht hinreichend beachtet wurde, ist denn auch der Anlaß zu den Versuchen, einigen "Rechtfertigungsgründen" die Funktion eines Tatbestandsausschließungsgrundes zuzuweisen<sup>5</sup>.

Rechtswidrig handelt derjenige, der sich anders verhält, als es die Bestimmungsnorm für die konkrete Situation, in der der Handelnde sich befindet, vorschreibt, d.h. derjenige, der sich "pflichtwidrig" verhält<sup>6</sup>. Die Rechtswidrigkeit besteht somit lediglich in der Abweichung des tatsächlichen vom gesollten

- 
1. Vgl. auch Stöger, Versuch S.33 und Otto, ZStW 87,588 f.
  2. So auch Stöger, aaO S.33, Hardwig, ZStW 68,32, v.Weber, JZ 64,428, Johannes, Täterschaft S.44 und Münzberg, aaO S.261 f.
  3. Die im Zivilrecht häufig vertretene Auffassung, auch ein Erfolg könne verboten werden, ist in der strafrechtlichen Diskussion nur selten geäußert worden; erstmalig wohl durch Löffler, ZStW 21,558 f; neuerdings z.B. Roeder, Einhaltung S.85; vgl. auch Lampe, Unrecht S.69 f und Krümpelmann, Bagatelldelikte S.88 ff.
  4. Siehe auch Hardwig, Zurechnung S.128 f und JZ 68, 289, Sauer, Grundlagen S.282, Nowakowski, ZStW 63,322 ff, Krauß, ZStW 76,20 sowie Münzberg, aaO S.5.
  5. Dazu oben S.24 f und 28 ff m.w.N.
  6. Münzberg, aaO S.62; siehe auch Hardwig, JZ 69,461 f, Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S.14, 19 ff, Hold-Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd.I S.276 ff, Engisch, Untersuchungen S.56, Sauer, Grundlagen S.571 und Otto, Fschr.Maurach S.92 ff.

Tun<sup>1</sup>.

Daraus läßt sich eine sehr wichtige Folgerung ableiten: da das Recht Verhaltensanleitung sein will und die Norm aus diesem Grund bestimmte Verhaltensweisen zur Pflicht macht bzw. diese verbietet, "ist es schon nach dem bisher geltenden Recht falsch", "den materiellen Unrechtsgehalt sämtlicher Delikte ausschließlich in einer Rechtsgutsverletzung zu sehen."<sup>2</sup> Vielmehr muß das Strafrecht wegen seiner Funktion als Verhaltensanleitung "notwendig ausgehen von der Person des Verpflichteten und ihrem konkreten Pflichtenkreis."<sup>3</sup>

Soll das Recht diese Funktion erfüllen, so muß der Inhalt der jeweiligen Pflicht feststehen, bevor der Rechtsunterworfenen handelt<sup>4</sup>: "die Voraussetzungen der Strafbarkeit menschlichen Verhaltens müssen im

- 
1. So auch Münzberg, aaO S.158, Lampe, Unrecht S.92, Welzel, Strafrecht S.52, Schönke-Schröder- Lenckner, StGB vor §13,52 f, V.Schmidt, Abgrenzung S.79, Lenckner, Notstand S.32, Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S.181, Stöger, aaO S.56, Krümpelmann, aaO S.28 und Otto, ZStW 87,544.
  2. Schaffstein, Verbrechen S.25; gegen die "Erfolgs-ethik" der objektiven Unrechtslehre z.B. auch Binavince, Momente S.89 ff.
  3. Schaffstein, aaO S.11; vgl. auch Gimbernat-Ordeig, Fschr.Henkel S.157.
  4. So schon M.L.Müller, Bedeutung S.24, Mezger, GS 89,279, Kohlrausch, Irrtum S.23; heute z.B. Oehler, Zweckmoment S.22, Welzel, Fahrlässigkeit S.9 ff, 26 ff, Gallas, ZStW 67,21, Stöger, aaO S.37, Lenckner, aaO S.34 N.104, Zielinski, Handlungsunwert S.116 ff, Reinh.v.Hippel, Untersuchungen S.59, Maihofer, JuS 63,167 ff, Brehm, Dogmatik S.96 und Münzberg, aaO S.64 m.w.N.; a.A. die Autoren, die vom Verbotensein eines Erfolges ausgehen (N. bei Münzberg, aaO S.64 N.128); Langer, Sonderverbrechen S.275 hält demgegenüber die vorherige gesetzliche Bestimmtheit eines Verhaltens lediglich für ein Erfordernis des derzeitigen positiven Rechts.

voraus gesetzlich bestimmt sein"<sup>1</sup>, es darf keine "Willkür ex post"<sup>2</sup> geben.

Aus den Normen des Strafrechts und der anderen Rechtsgebiete muß sich folglich - zumindest theoretisch - das richtige Verhalten für jede denkbare Situation entnehmen lassen. Das bedeutet, daß sich die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens unabhängig von einem später möglicherweise eintretenden Erfolg feststellen lassen muß<sup>3</sup>.

Die Richtigkeit dieser für die Unrechts- und damit auch für die Täterlehre eminent wichtigen These soll nunmehr - bevor aus ihr weitere Schlußfolgerungen abgeleitet werden - anhand einiger dogmatischer Probleme überprüft werden. Dabei wird sich zeigen, daß der Begriff der Schuld und die Rechtswidrigkeit des strafbaren Versuchs, aber auch diejenige der Unterlassungsdelikte und des Angriffs im Sinn der Notwehrbestimmung, nur erfaßbar sind, wenn die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens erfolgsunabhängig im oben dargelegten Sinn festgestellt werden kann.

---

1. Kratzsch, GA 71,68.

2. Dazu siehe z.B. Kratzsch, aaO S.68 und Lemmel, Strafbarkeitsvoraussetzungen S.30, 74 ff und 87 ff.

3. So schon M.L.Müller, aaO S.23; siehe dazu auch Engisch, Untersuchungen S.340, Münzberg, aaO S.64 f, Scheurl, Rücktritt S.18, Stöger, aaO S.48 f, Welzel, aaO S.20 f, Sauer, Grundlagen S.422, Stratenwerth, SchwZStr.79,245, Michaelowa, Begriff S.65, Hardwig, JZ 69,462, Binavince, aaO S.89 und Brehm, aaO S.93 f; neuerdings auch (in Abkehr von seiner früheren Auffassung) Nowakowski, JBl 72,26.

a.A. z.B. Jakobs, Studien S.120 ff; damit sind erfolglose Fahrlässigkeitstaten und der Versuch aus dem Bereich der rechtswidrigen Handlungen eliminiert.



A Das Argument aus dem Erfordernis der Schuld-  
haftigkeit der Handlung

1. Wenn hier von Schuld die Rede ist, so ist zunächst klarzustellen, daß damit lediglich Schuld im spezifisch strafrechtlichen Sinn gemeint ist<sup>1</sup>. Diese Einschränkung ist insoweit bedeutsam, als psychologische, sittliche oder moralische Schuld durchaus auch unabhängig von einer sie begründenden Handlung gedacht werden kann<sup>2</sup>. Für das Recht als Garant geordneter Lebensbedingungen ist eine von einer Handlung unabhängige Schuld jedoch irrelevant. Eine solche Schuld kann nicht Anknüpfungspunkt rechtlicher Folgen sein, da das Recht lediglich das außenwirksame Verhalten der Rechtsunterworfenen regeln, nicht aber rechtstreue Gesinnungen hervorbringen will<sup>3</sup> und somit der erste Anknüpfungspunkt der Rechtsordnung im Bereich des Objektiven liegen muß<sup>4</sup>.

- 
1. Gegen einen spezifisch rechtlichen Begriff der Schuld Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S.128 ff.
  2. Dabei braucht nicht einmal an die Erbsünde erinnert zu werden; denn auch z.B. bei Nietzsche, der die strukturelle Gleichheit von Schulden und Schuld, von Preis und Vergeltung aufgezeigt hat, haben wir es mit einem (nichtreligiösen) handlungsunabhängigen Schuldbegriff zu tun; dazu siehe Brown, Eros S.329 ff; siehe auch Marcuse, Triebstruktur S.69 ff und Müller-Dietz, Grenzen S.56 f m.w.N. über die verschiedenen außerstrafrechtlichen Schuldbegriffe, denen allen gemeinsam ist, daß sie Ausdruck eines bestimmten Verständnisses der menschlichen Existenz sind.
  3. h.M.; a.A. aber z.B. Welzel, Strafrecht S.2 ff; zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, wo dies zweifelhaft sein könnte siehe unten Teil II Kap.2 E.
  4. Dazu, daß an eine rechtswidrige Handlung je nach der zugrundeliegenden Gesinnung unterschiedliche Sanktionen geknüpft sein können, siehe unten Teil II Kap.2 C.

Schuld im Rechtssinn besteht daher immer nur für rechtswidriges Verhalten<sup>1</sup>, rechtliche Schuld ist also immer auf Unrecht bezogen<sup>2</sup>.

Was indessen unter "Schuld", die die "Grundlage allen strafrechtlichen Denkens" zu sein hat<sup>3</sup>, zu verstehen ist, ist umstritten<sup>4</sup>. Da es hier im wesentlichen nur darum geht, von der Struktur der Schuld her auf eine bestimmte Struktur des strafrechtlichen Unrechts zu schließen, sei es gestattet, lediglich zwei Ansichten zu referieren, die allerdings die Reichweite der Auffassungen auch ausschöpfen<sup>5</sup>.

Seit Franks Abhandlung "Über den Aufbau des Schuld-begriffs" herrschte nahezu uneingeschränkt die normative Schuldtheorie: danach bedeutet Schuld "Vorwerfbarkeit", d.h. sie besteht in einem Wert-urteil über einen psychischen Sachverhalt, der selbst wiederum auf ein rechtswidriges Verhalten bezogen ist<sup>6</sup>. Von diesem Ausgangspunkt kam die finale Hand-lungslehre nach der Trennung des "Objekts der Wertung"

- 
1. Darin besteht Einigkeit, wenn man von der "subjektiven Lehre" (dazu siehe oben S.21 m.N.) einmal absieht, nach der es auch nicht-rechtswidriges, aber dennoch schuldhaftes Verhalten geben soll; vgl. auch Fluri, Lehre S.13 und Lampe, Unrecht S.257.
  2. Siehe oben S.21 m.N.
  3. Jerusalem, ZStW 80,877; vgl. auch E.Wolf, Schuld-lehre S.15: "Zentralbegriff des Strafrechts".
  4. Vgl. Baumann, JZ 62,41: "kaum je wurde die Diskus-sion um den Schuldbegriff so heftig geführt wie gerade heute.
  5. Zur Entwicklung der Schuldlehre siehe Arthur Kauf-mann, Unrechtsbewußtsein S.90 ff, Schmidhäuser, AT S.365 ff und Müller-Dietz, Grenzen S.44 ff.
  6. Siehe Frank, Aufbau S.11, Graf zu Dohna, Aufbau S. 39 ff, Engisch, Untersuchungen S.15 ff, Rudolphi, Unrechtsbewußtsein S.5; w.N. bei Arthur Kaufmann, aaO S.93 und Müller-Dietz, Grenzen S.47 N.83.

von der "Wertung des Objekts", d.h. des Handlungswillens, der dem subjektiven Tatbestand zugeschlagen wurde, von der Beurteilung der Motivation des Täters<sup>1</sup> zu einem Standpunkt, nach welchem die Schuld ein reines Werturteil darstellt, das vom Standpunkt der Rechtsordnung aus zu fällen sei. Gegen diese Ansicht hat Rosenfeld schon zutreffend geltend gemacht, daß die "Schuld eines Menschen dann lediglich in den Köpfen anderer stecke."<sup>2</sup>

Demgegenüber gilt es daher festzuhalten, daß der Begriff der Vorwerfbarkeit selbst eine inhaltsleere Tautologie ist<sup>3</sup>: die Vorwerfbarkeit als Werturteil muß ein Substrat, einen Gegenstand der Wertung, haben. Dieser Gegenstand kann nicht der Unrechts-sachverhalt sein, da sonst wiederum das Urteil über die Schuld dasjenige über das Unrecht bedingen würde, Schuld und Unrecht also nicht unterscheidbar wären. Vielmehr ist zu betonen, daß Vorwerfbarkeit lediglich die Folge von Schuld ist: die Tat ist vorwerfbar, weil sie schuldhaft begangen wurde. "Schuld" hat somit einen eigenen Schuldsachverhalt, dessen Eigenschaft die Vorwerfbarkeit ist<sup>4</sup>.

---

1. Vgl. E.Wolf, Schuldlehre S.126, Graf zu Dohna, Aufbau S.22, 40 und v.Weber, Grundriß S.107.

2. ZStW 32,469.

3. So auch Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S.177; vgl. auch Zimmerl, Aufbau S.168, Hardwig, Zurechnung S.187 ff und JZ 69,460 und Otto, ZStW 87,581 f; dagegen aber z.B. Engisch, Ffschr.Welzel S.367 N.71.

4. Vgl. Arthur Kaufmann, aaO S.178, Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S.152 ff, 168 ff, Maiwald, ZStW 86,639, Hardwig, aaO S.188, Müller-Dietz, Grenzen S.47, 59, Lampe, Unrecht S.239 und Langer, Sonder-verbrechen S.320 ff und 354 ff.

Über den Gegenstand des Schuldvorwurfs besteht im wesentlichen Einigkeit: Schuld ist pflichtwidriges Nichteinhalten eines Sollens, obwohl das Einhalten des Sollens dem Handelnden möglich gewesen wäre, wenn er gewollt hätte<sup>1</sup>. Der Schuldvorwurf - und darin sind sich alle Anhänger der traditionellen Schuldlehre<sup>2</sup> einig - setzt also zweierlei voraus:

- a) die Willensfreiheit des Handelnden sowie
- b) einen pflichtwidrigen Handlungsentschluß.

a) Angesichts der Vielzahl von Arbeiten über das Problem der Willensfreiheit<sup>3</sup> kann sich der Verfasser - zumal diese Frage für den Untersuchungsgegenstand nicht zentral ist - auf einige wenige Bemerkungen beschränken.

Wenn die Willensfreiheit der Eckpfeiler des Strafrechtsdenkens ist<sup>4</sup>, dann genügt es nicht festzustellen, daß sie eine "staatsnotwendige Fiktion"<sup>5</sup> oder eine

- 
1. Siehe z.B. Arthur Kaufmann, aaO S.128, 131, Hardwig, JZ 68,290 und JZ 69,463, Lemmel, Strafbarkeitsvoraussetzungen S.93 f und Armin Kaufmann, Normentheorie S.160 ff; schon früher zur Schuld als Pflichtverletzung: Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S.68 ff und Kohlrausch, Irrtum S.34 ff; neuerdings weiterführend Roxin, Kriminalpolitik S.33 ff und Fschr. Henkel S.173 ff, 181 ff, wo die Schuld als Teil der Strafzwecklehre gesehen wird und aus diesem Ansatz heraus zum Teil neue Folgerungen gezogen werden.
  2. Zu der Auffassung, die die Schuld aus dem Bereich des Strafrechts eliminieren will, siehe unten Text sub.2.
  3. Die Literatur ist im wesentlichen vollständig verarbeitet in den Monographien von Holzhauser, Willensfreiheit und Strafe, 1970 und Rudorf, Willensfreiheit, Schuld und Strafvollzug, 1968; vgl. auch die unter anderem Aspekt geschriebene Arbeit von v.Heyde, Entwertung der Kausalität, 2.Aufl., 1957.
  4. Vgl. Hardwig, Zurechnung S.123 und Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.23.
  5. Kohlrausch, Fgabe Güterbock S.26.

"Hypothese" sei, "diesich für das Zusammenleben als allein zweckmäßig erweist"<sup>1</sup>; denn die Willensfreiheit müßte als etwas Existierendes erweisbar sein, nicht aber lediglich postuliert werden<sup>2</sup>.

Aus dem gleichen Grund hilft die Berufung auf "das Menschenbild des Grundgesetzes, das von einem willensfreien Menschen ausgeht"<sup>3</sup>, bzw. auf die "Würde des Menschen"<sup>4</sup> ebenfalls nicht weiter, da auch durch derartige Formeln nichts bewiesen werden kann.

Auch über den Begriff der "Charakterschuld"<sup>5</sup> kann nicht vom Erfordernis der Willensfreiheit abgesehen werden, da die Anlagen eines Menschen als solche nicht vorwerfbar sind, es sei denn, er habe sie in vorwerfbarer Weise erworben: damit wäre man jedoch schon wieder beim Problem der Willensfreiheit angelangt<sup>6</sup>.

Schließlich ist noch ein in jüngster Zeit von Jescheck vorgetragenes Argument abzulehnen:<sup>7</sup> das Problem der Willensfreiheit kann nicht dadurch aus der Welt geschafft werden, daß festgestellt wird, daß ein anderer Mensch an der Stelle des Täters anders hätte handeln können. Obwohl zu beachten ist, daß

- 
1. Roxin, ZStW 82,686; vgl. aber ders., Kriminalpolitik S.15 f, 33 ff und Fschr.Henkel S.174 f.
  2. So auch Gimbernat-Ordeig, ZStW 82,382 ff.
  3. So z.B. Schünemann, Grenzen S.11; kritisch dazu Noll, GA 70,180.
  4. Nachweise und Kritik bei Neufelder, GA 74,289.
  5. So Englisch, Die Lehre von der Willensfreiheit m.w.N.
  6. Kritisch Arthur Kaufmann, aaO S.150, Schönke-Schröder-Lenckner, StGB vor 13,109, Müller-Dietz, Grenzen S.62 und Lampe, Unrecht S.174 f.
  7. AT S.304 f; so schon Kohlrausch, Fgabe Güterbock S.24 ff, w.N. Müller-Dietz, aaO S.55 N.113; dagegen z.B. Roxin, ZStW 82,686 und Gimbernat-Ordeig, ZStW 82,386 m.w.N.

die Beurteilung des Täters "von außen" immer schwierig sein wird und praktisch immer über eine "Analogie-Betrachtung" erfolgen wird<sup>1</sup>, ist der von Jescheck vorgeschlagene Weg nicht gangbar. Denn es geht ja um die ganz individuelle Schuld des konkreten Täters und um nichts anderes; die Abweichung des Täters von der Norm kann diesem nur dann vorgeworfen werden, wenn er dieselbe hätte vermeiden können. Gerade darin liegt dann die "vorwerfbare" Schuld; gerade das setzt aber auf der anderen Seite die Freiheit zum Andershandeln voraus.

Das Problem der Willensfreiheit kann endlich auch nicht dadurch "entschärft" werden, daß erklärt wird, Schuld sei nicht die Voraussetzung der Strafe, sondern diene lediglich zu deren Begrenzung<sup>2</sup>; denn ein die Strafe begrenzender Faktor muß jedenfalls auch Voraussetzung derselben sein<sup>3</sup>.

Die Annahme der Willensfreiheit bedarf nach allem einer positiven Begründung. Eine solche soll hier zumindest andeutungsweise versucht werden, wobei sich der Verfasser darüber im klaren ist, daß diese nicht identisch mit einem positiven Beweis für die Existenz der Willensfreiheit sein kann.

Zum ersten ist dabei festzuhalten, daß der in der

- 
1. Zu diesen Schwierigkeiten siehe z.B. Müller-Dietz, Grenzen S.63 ff, Gimbernat-Ordeig, ZStW 82,384, Arthur Kaufmann, Fschr.R.Lange S.29 f, Roxin, Fschr. Henkel S.175, Henkel, Fschr.Larenz S.22 und Jescheck, AT S.304 f. Die Umgehung dieser Schwierigkeiten stand wohl auch Pate bei Salms Theorie von der objektiv indizierten Schuld, Verbrechen S.17.
  2. So z.B. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein S.21 m.w.N.
  3. Siehe Arthur Kaufmann, aaO S.28 m.w.N. sowie Otto, ZStW 87,584 ff.

Diskussion um die Willensfreiheit benutzte Begriff der Kausalität nicht mehr identisch mit dem von der Physik ursprünglich konzipierten ist, nämlich nicht mehr als gesetzmäßige Aufeinanderfolge von Ursache und Wirkung verstanden wird<sup>1</sup>. Solange nämlich auf die Gesetzmäßigkeit der Aufeinanderfolge abgestellt wurde, war die Definition auch umkehrbar, so daß der Satz galt: "Ein Ereignis ist dann kausal bedingt, wenn es mit Sicherheit vorausgesagt werden kann."<sup>2</sup> Da es jedoch aufgrund von Meßschwierigkeiten und mangelnder Information über alle Faktoren in keinem Fall möglich ist, "ein physikalisches Ereignis genau vorauszusagen"<sup>3</sup>, wurde der Ausgangspunkt modifiziert: neben die physikalisch meßbaren Größen wurden mathematisch definierte Symbole gestellt, die "von den Unsicherheiten jeden Meßvorgangs "gereinigt" waren und daher mit mathematischer Sicherheit gehandhabt werden konnten. Wenigstens in diesem Bereich war die Kausalität somit weiterhin mit dem Begriff der Vorhersagbarkeit verknüpft<sup>4</sup>. Die zunächst von den Physikern gehegte Hoffnung, durch fortschreitende Verfeinerungen der Meßmethoden die Übereinstimmung von physikalischem Weltbild und Sinneswelt herbeiführen zu können, ist dann durch die Entdeckung der sog. "Heisenberg'schen Unsicherheitsrelation" vernichtet worden. Diese besagt, daß "von je zwei kanonisch konjugierten Größen" "immer nur eine Größe beliebig scharf gemessen werden"

---

1. Vgl. zu dieser Definition in Bezug auf die Willensfreiheit des Menschen Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.23 f und 242 ff.

2. Planck, Kausalbegriff S.4, v.Heyde, aaO S.54.

3. Planck, aaO S.7.

4. Planck, aaO S.10.



kann, "in der Weise, daß mit dem Grad der Messungsschärfe der einen Größe die Unschärfe der anderen Größe proportional zunimmt."<sup>1</sup>

Ist aber sogar in der Physik - zumindest im subatomaren Bereich - eine Vorhersagbarkeit von Ereignissen nur im Rahmen statistischer Wahrscheinlichkeit möglich<sup>2</sup>, dann bedeutet das zwar vielleicht nicht, daß es "a-kausale" Ereignisse gibt<sup>3</sup>. Zutreffend ist auch immer darauf hingewiesen worden, daß die Nichtkenntnis eines Grundes kein Beweis für die Grundlosigkeit des Geschehens ist<sup>4</sup>. Jedoch erscheint es in dieser Situation denkbar, daß ein gewisser freier Spielraum im Rahmen der statistischen Gesetzmäßigkeit besteht.

An dieser Stelle ist ein Einwand zu erwarten, auf welchen daher gleich eingegangen werden soll: das Verhältnis der Kausalität zu deren Voraussagbarkeit sei dasjenige von Grund und Folge; Kausalität sei nicht Voraussagbarkeit, vielmehr beruhe die Voraussagbarkeit lediglich auf der Kausalität<sup>5</sup>. Selbst wenn dieser Einwand als solcher berechtigt ist, dann bedeutet das dennoch nicht, daß die oben gezogene Folgerung unrichtig ist; denn wenn Kausalität nicht erkennbar ist und zwar mit exakten Mitteln und

---

1. Planck, aaO S.12; siehe auch Rudorf, Willensfreiheit S.34 f.

2. Siehe Planck, aaO S.15 ff; a.A. aber ders. S.21 f unter Bezugnahme auf den "idealen (allwissenden) Geist" und v.Heyde, aaO unter Hinweis auf das Erkenntnisvermögen späterer Zeiten; diese Argumente entziehen sich per definitionem einer Überprüfung und sind daher als scheinrational abzulehnen.

3. Siehe dazu Neufelder, GA 74,300 m.N.

4. So z.B. Neufelder, aaO S.300 m.w.N.

5. v.Heyde, aaO S.54 f; auch Lampe, Unrecht S.163 f und Müller-Dietz, Grenzen S.52 m.w.N.

rational nachvollziehbar erkennbar ist - nur in diesem Fall ist eine Voraussagbarkeit nicht gewährleistet - dann ist die Aussage über die (erkannte) Kausalität in aller Regel ebenfalls nicht nachprüfbar, sondern eher spekulativ.

Hier liegt auch das Hauptproblem der Kausalitätsdiskussion im Bereich der Rechtswissenschaft: genügt jede Feststellung der Kausalität ex post oder muß nicht vielmehr eine vorhersagbare, d.h. eine exakt feststell- und vor allem nachprüfbare Ursächlichkeit gefordert werden? Bei der Beantwortung dieser Frage muß wohl differenziert werden: für die Feststellung der Kausalität als Haftungsvoraussetzung - als Tatbestandsmerkmal<sup>1</sup> - genügt eine ex post erkennbare Kausalität, da es hier nur darauf ankommt, daß der haftungsbegründende Faktor bestimmt wird. Für die Feststellung der Determination menschlichen Verhaltens ist jedoch die Vorhersagbarkeit des Verhaltens, d.h. Kausalität im engeren Sinn, erforderlich, da jedes andere Verfahren lediglich spekulativen Charakter hat und damit zur Widerlegung des "Axioms" der Willensfreiheit nicht geeignet ist<sup>2</sup>.

Zur Begründung dieser Ansicht seien folgende Thesen gewagt:

aa) Ex post (er)findet der Mensch für jedes Ereignis die denknotwendig erscheinende Kausalität<sup>3</sup>.

---

1. Dazu unten Teil II Kap.2 A.

2. So auch Hardwig, Zurechnung S.121; vgl. auch ders. in Mon.schr.Krim.74,294.

3. Umgekehrt stellt Rudorf, Willensfreiheit S.90 fest, die Willensfreiheit werde üblicherweise bejaht, weil man sich in der Rückschau überlegt, daß man auch anders hätte handeln können.

Die Erkenntnis von Kausalität gibt dem fragenden Menschen in einer unbekannten Welt Sicherheit in dem Sinn, daß er für sein zukünftiges Denken Orientierungsdaten erhält. Die Suche nach Kausalität, nach Erkennen und Wiedererkennen, "die unvermeidliche Frage "warum?"<sup>1</sup>, scheint zur Denkstruktur des Menschen zu gehören<sup>2</sup>, der Angst und Grauen vor dem Unergründlichen empfindet. Das Denken fühlt sich verpflichtet, zu jedem Gewordenen oder Werden einen Werdegrund zu suchen. Wo Unverständliches geschieht, wird es verständlich gemacht: "das Phänomen der Unerklärlichkeit mancher Taten von "Geisteskranken" hat dazu verführt, auf Geisteskrankheiten zurückzuschließen einzig, weil eine Tat in ihrer Motivation unklar oder abnorm erschien."<sup>3</sup>

Das Grauen vor nicht ausgeloteten Tiefen wird so reduziert, indem man dem Sachverhalt einen Begriff zuordnet und anschließend glaubt, den Sachverhalt dadurch erklärt zu haben: kausal ist nunmehr eine "Fixierung"; eine "frühkindliche Frustrierung", das Milieu oder gar die "emotionale Besetzung"<sup>4</sup>.

Damit soll keineswegs die Bedeutung oder die Richtigkeit der Erkenntnisse von Psychologie und Psychoanalyse

---

1. Planck, aaO S.23.

2. Kant ordnete die Kausalität denn auch als "Denkform" unseres Verstandes, als "Kategorie", ein; dazu siehe auch Holzhauser, Willensfreiheit S.37 ff und Neufelder, GA 74,302.

3. Rasch in Ponsold, Lehrbuch S.72.

4. So vor allem Danner, der in mehreren Arbeiten (vor allem: Warum es keinen freien Willen gibt) die durchgehende Determiniertheit des menschlichen Willens beschrieben hat.

geleugnet werden. Beider Bedeutung liegt jedoch nicht auf dem Gebiet der Beurteilung von Individuen, wo sie hauptsächlich eingesetzt werden und häufigst versagen, sondern auf dem Gebiet des Sozialen: die Ergebnisse beider Wissenschaften sind in Beziehung auf einen bestimmten Fall häufig unrichtig, bei einer großen Zahl von Fällen treffen sie jedoch zu (Gesetz der großen Zahl). Beide Wissenschaften arbeiten damit Wahrscheinlichkeitsgesetze über menschliches Verhalten heraus, die - wie jedes statistische Gesetz - im Einzelfall unverbindlich sein können<sup>1</sup>.

Die Tatsache, daß man ein Verhalten ex post "erklären" kann, ist noch kein Beweis für die Determination dieses Verhaltens. Das Argument, "wären alle Determinanten bekannt, so wäre es möglich, eine Handlung Punkt für Punkt vorauszusagen", ist scheinrational<sup>2</sup> solange jeweils der Weg offensteht, "man habe die entscheidende Determinante eben doch nicht gekannt."

Abgesehen von der Tatsache, daß Danner die Frage nach der Willensfreiheit verschiebt, wenn er nach der Freiheit der Gefühle fragt, abgesehen auch davon, daß auch die Unfreiheit der Entstehung von Gefühlen lediglich postuliert, nicht aber bewiesen wird<sup>3</sup>, ist die Art der Argumentation wissenschaftlich unehrlich, gerade weil sie derart sauber aussieht: da ein Geschehen als

- 
1. Zu diesem statistischen Ansatz auch Roxins Lehre von der Verantwortlichkeit in F Schr. Henkel S. 182 ff; letztlich beruht auch die Ansicht von Gimbernats-Ordeig, F Schr. Henkel S. 162 f von der unterschiedlichen Motivierbarkeit von "normalen" und anderen Menschen auf statistischen Erwägungen.
  2. Zu den Versuchen, jeder Handlung einen entsprechenden (Handlungs-)Trieb zuzuordnen, siehe Amelung, Rechtsgüterschutz S. 351 m.w.N.
  3. Vgl. Danner selbst, Willen S. 27 N. 15.

Raum-Zeit-Situation nicht umkehrbar ist<sup>1</sup> und der Mensch sich durch jede erlebte Situation ändert (bzw. auch nicht), kann die These von der Determiniertheit des menschlichen Wollens nicht "experimentell" nachgeprüft, d.h. aber auch nicht "falsifiziert" werden: ein Anders-Handeln-Können gibt es nicht, da dieselbe Situation als einmaliger Raum-Zeit-Vorgang nicht wiederholbar ist. Da folglich lediglich ein durch den früheren Vorfall möglicherweise veränderter<sup>2</sup> Täter einer ähnlichen Situation ausgesetzt werden kann, fällt eine Begründung für das Handeln des Täters - wie immer er auch handeln mag - nicht schwer. Die Erklärung von Kausalität ex post beschreibt so, worauf schon Jaspers hingewiesen hat<sup>3</sup>, nur Plausibles, Tautologien: ein Motiv heißt jeweils deshalb das Stärkere, weil es siegt; ihm wird die größere emotionale Besetzung "zugeschoben", weil mit seiner Hilfe das Handeln selbst erklärbar ist. Das Argumentationsverfahren ist damit per definitionem widerspruchsfrei<sup>4</sup>. Gerade hier aber wird der Standpunkt ex ante nützlich: bei Prognosen muß mit Wahrscheinlichkeiten operiert werden, wobei jedoch auch hier der Weg bleibt, im Fall einer falschen Prognose auf die Vielzahl und die Unübersehbarkeit der Kausalfaktoren zu verweisen<sup>5</sup>. Es ist eben unmöglich, "ontologisch wahre All-Aussagen

- 
1. Vgl. auch Holzhauser, Willensfreiheit S.84, Engisch, Willensfreiheit S.23 und Henkel, Ftschr.Larenz S.23.
  2. So auch Engisch, aaO S.23 f.
  3. N. bei Rudorf, Willensfreiheit S.68.
  4. Vgl. auch Neufelder, GA 74,302, der aufgrund sehr ähnlicher Überlegungen zur "Meßbarkeit" von Motiven Danner vorhält, seine Theorie sei lediglich ein Postulat.

auf Grund endlich vieler Erfahrungen zu gewinnen."<sup>1</sup>  
Voraussagen, die sich auf menschliches Verhalten beziehen, sind - auch soweit sie von geschulten und erfahrenen Spezialisten stammen - nur innerhalb der Grenzen statistischer Wahrscheinlichkeit zutreffend.

Von diesem Standpunkt aus erscheint die Annahme, der Mensch sei innerhalb gewisser Grenzen frei, eine bestimmte Handlung zu tun oder zu unterlassen, durchaus mit den bisher erkennbaren Fakten vereinbar<sup>2</sup>.

Freiheit ist danach u.a. auch verstehbar als die Fähigkeit, sich entgegen den Prognosen zu verhalten<sup>3</sup>.

bb) Die Willensfreiheit erscheint auch, worauf schon verschiedentlich hingewiesen worden ist<sup>4</sup>, ein Axiom der Erkenntnistheorie zu sein. Selbst wenn Erkenntnis immer nur auf dem Erkennen von Kausalitäten aufbaut, so ist doch Erkennen als solches nur möglich, wenn der Erkennende zu dieser Erkenntnis nicht determiniert ist. "Die Behauptung, es gebe keine Freiheit, ist also in sich widersprüchlich, weil sie behauptet, etwas zu erkennen, was nach ihrem eigenen Ausgangspunkt unerkennbar ist. Als widersprüchlich ist sie aber unwissenschaftlich und daher abzulehnen."<sup>5</sup>

---

1. Reinh.v.Hippel, Gefahurteile S.96.

2. Vgl. auch Hardwig, Mon.Schr.Krim. 74,288 ff, 294 f.

3. In dieser Hinsicht ist der Kriminelle der Freie, der normale Bürger dagegen der Unfreie; zu diesem Problem siehe auch Plack, Gesellschaft S.302 ff.

4. So z.B. von Welzel, Fschr.Engisch S.91 ff, E.Horn, Verbotsirrtum S.105 N.228 und Lampe, Unrecht S.161.

5. Lampe, aaO S.161; vgl. auch Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S.49 ff, wonach der "Positivismus" "positivistisch" nicht beweisbar ist.

Mit anderen Worten: die Deterministen müßten schon aus Gründen der logischen Konsequenz das Argument gegen sich gelten lassen, sie postulierten den Determinismus, weil sie dazu determiniert seien.

Es ist daher weiterhin von dem Axiom der Willensfreiheit auszugehen, wobei allerdings der Erforschung der Determinanten - z.B. Milieu, Erbanlagen, Intelligenz, emotionale Bedingungen etc. - größte Aufmerksamkeit gewidmet werden muß, da die Willensfreiheit nur als innerhalb der Grenzen jenes statistischen Wahrscheinlichkeitsraumes<sup>1</sup> gegeben erscheint, der durch die Determinanten gebildet wird.

b) Besteht Schuld in dem pflichtwidrig gefaßten Handlungsentschluß, d.h. in der vorwerfbaren Willensbildung, die zum Handlungsentschluß führt<sup>2</sup>, dann ist damit schon der entscheidende Gesichtspunkt herausgestellt: Schuld entsteht vor bzw. während der Handlung<sup>3</sup>, sie kann nicht erst nach derselben - z.B. durch den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs - zu bestehen anfangen. Denn der Schuldvorwurf bezieht sich auf die Lage des Täters vor bzw. bei der Tat<sup>4</sup>.

- 
1. Vgl. Henkel, F Schr.Larenz S.19, der von einem "prinzipiell bedingten und individuell verschieden begrenzten Spielraum der Selbstbestimmung" spricht.
  2. So die beinahe einhellige Definition derjenigen Autoren, die an dem Schuldgedanken festhalten; vgl. Baumann, AT S.380, Arthur Kaufmann, aaO S.128, 131, Lemmel, Strafbarkeitsvoraussetzungen S.93 ff, Jescheck, AT S.319, Münzberg, Verhalten S.11 f, Zielinski, Handlungsunwert S.146 und Hardwig, Zurechnung S.121 f und JZ 68,290.
  3. E.Horn, GA 69,293, Zielinski, aaO S.146 und Münzberg, aaO S.80 N.160 und S.285.
  4. Münzberg, aaO S.285 und Zielinski, aaO S.146.



Spätestens in diesem Zeitpunkt - als sich der Täter nämlich entscheiden mußte - muß der Handelnde die Rechtswidrigkeit einer beabsichtigten Tat erkennen können, wenn der Handlungsentschluß vorwerfbar sein soll.

Daraus aber folgt, daß die Rechtswidrigkeit einer Handlung vor deren Vornahme - also auch vor und unabhängig vom Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolgs - beurteilt werden können muß, wenn an dem Schuldprinzip nicht gerüttelt werden soll: das Vorhandensein und die Struktur der Schuld bestimmen die Struktur der Rechtswidrigkeit<sup>1</sup>.

2. Aber auch diejenigen Autoren, die die Existenz von Willensfreiheit und Schuld leugnen<sup>2</sup>, können bezüglich der Definition der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nicht zu abweichenden Ergebnissen kommen:

Jedes nicht auf dem "irrationalen"<sup>3</sup> Schuldgedanken basierende Strafrechtssystem muß den "rationalen" Erziehungs- und Anpassungsgedanken in den Mittelpunkt der Betrachtungen stellen<sup>4</sup>. Vernünftig aber ist das System nur dann, wenn die Strafe nicht gleichsam zufällig über den Täter hereinbricht, sondern die Rechtsfolge "Strafe" in die Motivation des Täters, seine "Kalkulation", hätte einfließen können, wenn somit präventive Gesichtspunkte eine Rolle spielen

---

1. Dazu siehe auch Münzberg, aaO S.11.

2. So z.B. Nedelmann, Kritik S.22 f und Gimbernat-Ordeig, ZStW 82,388 ff m.w.N.

3. Z.B. Nedelmann, aaO S.23.

4. Vgl. z.B. Gimbernat-Ordeig, ZStW 82,388 ff m.w.N.

können<sup>1</sup>. In einem solchen System wäre die verhängte Strafe lediglich die Korrektur einer bisherigen Fehlmotivation zu verstehen, die angedrohte Strafe aber als potentieller Bestandteil zukünftiger Motivationen<sup>2</sup>.

Auch in einem derartigen System ist aber erforderlich, daß der Betroffene wissen kann, daß das von ihm beabsichtigte Verhalten rechtswidrig ist und Strafe nach sich ziehen kann. Gerade ein "vernunftorientiertes" System muß folglich in der Lage sein, die Grenzen zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Tun anzugeben, bevor jemand handelt<sup>3</sup>

- 
1. Vgl. Roxin, Kriminalpolitik S.15 und 33 ff.
  2. Siehe auch Hardwig, Zurechnung S.122 f und Rudolf, Willensfreiheit S.90; vgl. auch Danner, Willen 61 ff.
  3. Vgl. dazu auch Roxin, aaO S.15 f und 33 ff sowie Fschr.Henkel S.181 ff; Roxins Auffassung, die Schuld habe "weniger mit der empirisch schwer verifizierbaren Ermittlung des Andershandelnskönnens als mit der normativen Frage zu tun, ob und inwieweit ein grundsätzlich mit Strafe bedrohtes Verhalten bei irregulären persönlichkeits- oder situationsbedingten Umständen noch der Strafsanktion bedarf", ist der wohl tragfähigste Ansatz zu einer Neubegründung des Schuldverständnisses; dies insbesondere deshalb, weil die "Schuld" nach dieser Auffassung nicht weiter reicht als das positive Recht dies in §§ 20 und 21 StGB dies andeutet; zustimmend Gimbernat-Ordeig, Fschr.Henkel S.160 f.

## B Das Argument aus der Regelung des Versuchs

Die Richtigkeit der These, die Rechtswidrigkeit einer Handlung müsse vor derselben und unabhängig von einem später möglicherweise eintretenden Erfolg feststellbar sein, läßt sich weiter an der Regelung des Versuchs ersehen.

Gerade beim Versuch mußte die auf der Erfolgsherbeiführung beruhende Unrechtslehre versagen: ist doch der Erfolg gerade ausgeblieben. Für ein reines Erfolgsstrafrecht ist daher die Strafbarkeit des Versuchs als "Systemwidrigkeit"<sup>1</sup>, als "Verlegenheit des Gesetzgebers"<sup>2</sup> anzusehen. Der Grundgedanke der objektiven Unrechtslehre wird nämlich schon da verlassen, wo die Strafwürdigkeit des Versuchs mit der Gefährdung der geschützten Rechtsgüter begründet wird, wo also auf eine "objektive Tendenz" der Handlung in Richtung auf die Rechtsgutsverletzung abgestellt wird<sup>3</sup>: denn auch in diesem Fall würde die Rechtswidrigkeit der

---

1. So in der Tat Zimmerl, Aufbau S.128.

2. Baumann, JZ 62,43 und Roxin, ZStW 80,707 über die objektive Unrechtslehre; ins andere Extrem fällt Hall, Fschr.E.Wolf S.454, wenn er die Vollendung der Straftat als zufällig gelungenen Versuch beschreibt; dazu siehe auch Maihofer, Fschr.Eb.Schmidt S.170 ff und Philipps, ZStW 85,37.

3. Eine objektive Theorie zur Strafbarkeit des Versuchs vertraten z.B. v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch S.302, Wegner, AT S.222 und Rob.v.Hippel, Strafrecht Bd.II S.425 ff; w.N. bei Jescheck, AT S.386; heutige Vertreter einer objektiven Versuchstheorie sind z.B. Spengel, Stock-Fschr.S.98 ff und NJW 65, 1888, Treplin, ZStW 76,447, Reinh.v.Hippel, Untersuchungen S.17 ff und H.R.Horn, Untersuchungen S. 91; siehe dazu auch V.Schmidt, Abgrenzung S.13, Schaffstein, Fschr.Honig S.170 f und Rudolphi, Fschr.Maurach S.70 ff.

Handlung nicht auf dem eingetretenen Erfolg beruhen, sondern höchstens auf der hohen Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts. Insoweit gilt aber: "aus der Rechtswidrigkeit der Verletzung folgt die der Gefährdung nicht begriffsnotwendig."<sup>1</sup>

Konsequent insoweit argumentierte eigentlich nur Nowakowski. Seiner Ansicht nach enthält der Versuch nur einen Versuch rechtswidrigen Handelns, nicht aber eine selbständige rechtswidrige Handlung<sup>2</sup>, weil der Täter lediglich gegen die Bestimmungsnorm, nicht aber gegen die Bewertungsnorm verstoßen habe, die Rechtswidrigkeit aber einen Verstoß gegen die Bewertungsnorm bedeute. Versuchshandlungen sind nach Ansicht Nowakowskis "dann nicht typisch rechtswidrig, wohl aber typisch schuldhaft."<sup>3</sup>

Gegen diese Ansicht hat Baumann eingewendet, sie bringe unlösbare Schwierigkeiten bei den Rechtfertigungsgründen, da z.B. gegen einen Diebstahlsversuch keine Notwehr geübt werden könnte<sup>4</sup>.

Schwerer noch als dieses Bedenken Baumanns, der dabei voraussetzt, daß der Begriff "rechtswidrig" im Sinn der Notwehrbestimmung als allgemeines Verbrechensmerkmal gemeint ist, was gar nicht unstrittig ist<sup>5</sup>, wiegt möglicherweise ein anderer Einwand, der sich aus dem eigenen Lehrgebäude der objektiven Unrechtslehre ergibt:

---

1. Nowakowski, ZStW 63,324.

2. Grundzüge S.89 und ZStW 63,319; ebenso Kadečka, ZStW 59,8 f; Nowakowski hat inzwischen seine Ansicht revidiert; siehe dazu JBl 72,19 ff.

3. Nowakowski zitiert bei Krauß, ZStW 76,24.

4. AT S.497; so auch Stöger, Versuch S.34.

5. Dazu siehe unten Text zu D.

Zu einem großen Teil beruht die Klarheit dieses Systems gerade darauf, daß deutlich herausgearbeitet wurde, daß Rechtswidrigkeit und Schuld zu unterscheiden sind, daß es zwar Unrecht ohne Schuld, nicht aber Schuld ohne Unrecht gebe<sup>1</sup> und daß strafrechtliche Schuld sich somit auf strafrechtliches Unrecht beziehen muß<sup>2</sup>.

Daß die Schuld an "etwas Rechtswidrigem orientiert" ist, erkennt auch Nowakowski an<sup>3</sup>, er hält jedoch unter Bezugnahme auf die Arbeiten von u.a. Kadečka<sup>4</sup> es nicht für erforderlich, daß das Rechtswidrige auch verwirklicht worden ist: rechtswidrig ist nicht das Wollen, sondern das Gewollte<sup>5</sup>.

Mit dieser Auffassung wird Nowakowski jedoch dem Grundsatz, daß nur derjenige, der tatbestandsmäßig und rechtswidrig gehandelt hat, auch strafrechtliche Schuld auf sich laden kann,<sup>6</sup> nicht mehr gerecht, ohne sich "nach Kräften zu bemühen, auch beim untauglichen Versuch einen tatbestandlich faßbaren Unrechtsgehalt zu entdecken."<sup>7</sup>

- 
1. Marx, Definition S.72 N.9; ebenso z.B. Hardwig, GA 57,173, Stöger, aaO S.34, E.Horn, Verbotsirrtum S.145, Lampe, Unrecht S.57 f, Langer, Sonderverbrechen S.349 und Schünemann, Fschr.Schaffstein S.160; siehe auch oben S.21 und 53 m.N.
  2. Beling, Lehre S.179, v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 225, Nagler, Fschr.Binding Bd.II S.311 und Mezger, GS 89,247; siehe auch N.1.
  3. ZStW 63,316.
  4. ZStW 59,12 und 17 ff.
  5. Ähnlich neuerdings (von anderen Grundlagen aus) Jakobs, Studien S.120 ff, 127; dagegen z.B. Zielinski, Handlungsunwert S.42 ff.
  6. Gerade die Ansicht einiger Vertreter der "Imperativentheorie (z.B. Kohlrausch, Irrtum S.50 ff, Hold-Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd.II S.361), eine Trennung von Unrecht und Schuld sei nicht möglich, lieferte Nagler bei seiner Neubegründung der Unrechtslehre (aaO S.273 ff) die entscheidenden Argumente.
  7. Engisch, Fschr.DJT Bd.I S.433 f.

Gallas hat schließlich gegen die Ansicht Nowakowskis noch eingewendet, "die Annahme eines nicht rechtswidrigen, aber dennoch strafbaren Verhaltens würde auf eine Gesinnungsbestrafung hinauslaufen und damit eine im Rahmen eines Tatstrafrechts unerklärliche Anomalie bedeuten."<sup>1</sup> Die Ansicht Nowakowskis zeige eben, "daß eine ausschließlich objektiv orientierte Auffassung der Rechtswidrigkeit einem erfolgsstrafenden Denken angehört, das des Versuchsproblems nicht wirklich Herr zu werden vermag."<sup>2</sup> Gallas schlägt daher vor, den Verbrechensentschluß als subjektives Unrechtsmerkmal zu begreifen, das das Unrecht der Handlung konstituiere<sup>3</sup>.

Wenn dieser Vorschlag auch der Ansicht der inzwischen herrschenden Lehre entspricht<sup>4</sup>, so ist damit jedoch nichts am Vorwurf der Gesinnungsbestrafung geändert; denn "diesem Vorwurf (er sei berechtigt oder nicht) entgeht man nicht dadurch, daß man die fraglichen subjektiven Merkmale als Unrechtselemente begreift: die Strafbarkeitsvoraussetzungen des untauglichen Versuchs bleiben die gleichen."<sup>5</sup>

Ob es nun tatsächlich Kriterien für die Rechtswidrigkeit des Versuchs gibt - was für den untauglichen Versuch nicht unzweifelhaft erscheint<sup>6</sup> - und welche es gegebenenfalls sind, kann hier jedoch noch offen-

---

1. ZStW 67,36; vgl. auch Stöger, aaO S.34.

2. ZStW 67,36; ebenso Roxin, ZStW 74,524.

3. ZStW 67,35; vgl. auch Baumann, AT S.496.

4. Z.B. Engisch, aaO S.435, Schönke-Schröder-Eser, StGB §22,12 ff, Baumann, AT S.496, Jagusch, LK (8.Aufl.) §43, 12, H.Mayer, Lehrbuch S.278; w.N. bei Jescheck, AT S.388 und Schmidhäuser, AT S.592 f.

5. Krauß, ZStW 76,25; vgl. auch Zielinski, Handlungs-unwert S.54.

6. Vgl. Münzberg, Verhalten S.69 N.139, 116 N.228 und 149 N.298; dazu siehe auch unten Teil II Kap.2 E.

bleiben. Denn an dieser Stelle kommt es lediglich darauf an aufzuzeigen, daß die klassische Unrechtslehre "sich über die Forderung nach einer folgerichtigen Begriffsbildung (nach der das Unrecht allemal eine einheitliche Grundlage haben muß) leicht hinwegsetzt"<sup>1</sup>, indem die Lehre von der Objektivität allen Unrechts bei der Begründung der Strafbarkeit des Versuchs nicht durchgehalten wird. Obwohl jede Tat nur über das Versuchsstadium zur Vollendung führen kann, wird der von der klassischen Unrechtslehre als Schuld-element aufgefaßte "Vorsatz"<sup>2</sup> beim Versuch als "subjektives Unrechtselement" aufgefaßt, so daß er seine systematische Stellung im Lauf der Verbrechensentwicklung verändert<sup>3</sup>.

Vor allem ist aber darauf hinzuweisen, daß sich die Rechtswidrigkeit der Versuchshandlung nicht aus "der Tatbestandsmäßigkeit des Delikts, dessen Begehung versucht wurde" ergeben kann, "denn dieser Tatbestand ist nicht erfüllt, unter Umständen sogar kein einziges seiner gesetzlich festgelegten Merkmale."<sup>4</sup>

Daß beim Versuch die Erfolgsherbeiführung nicht die Grundlage der Rechtswidrigkeit sein kann, bestätigt

---

1. Schmidhäuser, AT S.593.

2. Zur dogmatischen Einordnung des Vorsatzes siehe unten Teil II Kap.2 C und Kap.3.

3. Kritisch auch z.B. Schmidhäuser, AT S.593, Lampe, Unrecht S.62 f, Nowakowski, ZStW 63,314, Krauß, ZStW 76,54 f, Zimmerl, Lehre S.34 und Hau, Beendigung S.40; für bedenkenfrei halten diesen Positionswechsel dagegen Mezger, Moderne Wege S.27 f, Engisch, Fschr.DJT Bd.I S.435 f, Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S.183 f, Cramer, Vollrauschtatbestand S.64 und Roxin, Fschr. Honig S.147 N.34; vgl. auch Albrecht, Versuch S.27 ff und Zielinski, aaO S.49 ff.

4. Münzberg, aaO S.117.



sich auch in anderer Weise: während beim vollendeten Delikt auf die Verletzung des Rechtsgutes abgestellt wird, um die Rechtswidrigkeit einer Handlung zu begründen, ist es - auch und gerade bei Vertretern einer objektiven Unrechtsauffassung - allgemein anerkannt, daß Strafgrund des Versuchs der "betätigte rechtsfeindliche Wille"<sup>1</sup>, die "Verletzung oder Störung des Rechtsfriedens"<sup>2</sup>, der "verderbliche Eindruck auf die Mitmenschen"<sup>3</sup> bzw. die "Gefährlichkeit des Täters für das angegriffene Rechtsgut"<sup>4</sup> sei.

An dieser Stelle zeigt sich die Widersprüchlichkeit der klassischen Unrechtslehre in ihrer ganzen Schärfe: während beim vollendeten Delikt der Ausgangspunkt war, daß das Recht lediglich äußere Verhaltensweisen regeln wolle<sup>5</sup> und die Gesinnung daher als für das Recht irrelevant erklärt wurde, erscheint der Ausgangspunkt beim versuchten Delikt so gewählt zu sein, daß alle

- 
1. Sog. subjektive Versuchstheorie: z.B. v.Buri, GS 32,362; aus dem neueren Schrifttum z.B. Baumann, AT S.493 ff, Lackner, StGB §22,2 und Herzberg, GA 71,12; in der Regel wird die subjektive Theorie heute in der Form der sog. "Eindruckstheorie" vertreten; dazu siehe unten N.3.  
Der Standpunkt, daß Strafgrund des Versuchs der "böse Wille" sei, wird beim "abergläubischen Versuch" und beim "Wahndelikt" jedoch nicht durchgehalten; so auch Rudolphi, Fschr.Maurach S.70 ff und unten Teil II Kap.2 E.
  2. So z.B. Lampe, aaO S.206 ff.
  3. So z.B. Jescheck, AT S.401 f, Schönke-Schröder-Eser, StGB §22,65, Blei, AT S.206, J.Meyer, ZStW 87,604, Salm, Verbrechen S.103 f und Wessels, AT S.107; so auch schon Mezger, Lehrbuch S.397.
  4. So Kohlrausch-Lange, StGB vor §43,III 3, Stöger, aaO S.53 ff, Sauer, Strafrechtslehre S.99 und Cramer, aaO S.64.
  5. Siehe oben S.14 f.

Moralwidrigkeiten theoretisch erfaßbar sind. Die Lehre vom objektiven Unrecht trifft sich hier mit der extrem subjektiven Auffassung Welzels<sup>1</sup>, die den Ethisierungstendenzen der Kieler Schule schon nahekommt<sup>2</sup> und nach welcher die zentrale Aufgabe des Strafrechts darin liegt, "durch Strafdrohung und Strafe für den betätigten Abfall von den Grundwerten rechtlichen Handelns die unverbrüchliche Geltung dieser Aktwerte sicherzustellen", d.h. "das soziaethische Urteil der Bürger zu formen und ihre bleibende rechtstreue Gesinnung zu stärken."<sup>3</sup>

Deutlicher als sonst ist der Bruch in der dogmatischen Auffassung in der ersten Entscheidung des Reichsgerichts zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs erkennbar: "Darüber kann nun kein Zweifel aufkommen, daß im Versuch der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung ist, gegen welche das Strafgesetz sich richtet, im Gegensatz zu dem in der Vollendung zu Tage tretenden, aus dem verbrecherischen Willen hervorgegangenen rechtswidrigen Erfolge."<sup>4</sup>

Es bleibt festzuhalten, daß die Rechtswidrigkeit des Versuchs feststellbar sein muß bzw. ist, ohne daß der

---

1. Strafrecht S.2 f.

2. Dazu w.N. und Kritik siehe Amelung, Rechtsgüterschutz S.231 ff.

3. Welzel, aaO S.2 f; dagegen schon treffend Binding, Normen Bd.II 1 S.232: "Es wäre eine ganz groteske Auffassung gesetzlicher Ver- und Gebote, als wären sie nur erlassen, um den Gesetzesuntertanen Exerzitionen zur Betätigung ihrer loyalen oder illoyalen Gesinnung zu gewähren." Dazu siehe auch Reinh.v. Hippel, Untersuchungen S.10 f, Arthur Kaufmann, Ftschr.Henkel S.101 f und Amelung, aaO S.274 ff m.w.N., 315; vgl. auch BVerfGE 22,219.

4. RGSt 1,441.

tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten ist<sup>1</sup>; denn  
"um den Versuch methodisch sauber zu erfassen, darf  
man nicht auf den Kausalzusammenhang abstellen,  
sondern muß den teleologischen Gefahrenzusammenhang  
zwischen Handlung und Erfolg entscheiden lassen."<sup>2</sup>

- 
1. So auch E.Horn, GA 69,305, V.Schmidt, Abgrenzung S.65 und Münzberg, Verhalten S.116 ff.
  2. Stöger, Versuch S.49; neuerdings auch V.Schmidt, aaO S.66 f.

## C Das Argument aus den Unterlassungsdelikten

Nur durch einen sprachlichen Kunstgriff konnte v.Liszt die Einheit seines Systems, nach welchem bei fehlender Handlung auch nicht von einer strafbaren Handlung die Rede sein konnte, auch in Bezug auf die Unterlassungsdelikte wahren: Unterlassen ist nach ihm nicht lediglich ein Nichtstun, sondern ein "Etwas-nicht-tun", "nicht Nichthandeln, sondern Andershandeln."<sup>1</sup> "Damit ist der Charakter der Unterlassungen als positiver Handlungen, die wie alle kausal sein können, nachgewiesen."<sup>2</sup>

Die von Luden<sup>3</sup> und anderen Autoren<sup>4</sup> übernommene Betrachtung der Unterlassung als Unterfall der positiven Handlung ermöglichte es, die Frage nach der Kausalität der Unterlassung in den Mittelpunkt der Diskussion zu rücken und das klassische System mit dem Handlungsbegriff als dem Oberbegriff jeden Verbrechens aufrecht zu erhalten<sup>5</sup>. Damit steht und fällt die Möglichkeit einer auf der Erfolgsverursachung beruhenden Rechtswidrigkeit der Unterlassungstat mit der Antwort auf die Frage, ob die Unterlassung kausal für den tatbestandsmäßigen Erfolg ist<sup>6</sup>.

---

1. Vgl. auch Hardwig, Zurechnung S.76.

2. v.Liszt, Lehrbuch (1.Aufl.,1881) S.81; vgl. auch Hall, Erinnerungsgabe Grünhut S.225 und Heinitz, ZStW 81,578 ff.

3. Abhandlungen Bd.II S.226, 236.

4. Dazu siehe die dogmengeschichtlichen Überblicke bei Welp, Tun S.30 ff und Kugler, Ingerenz S.22 ff.

5. Siehe oben S.16.

6. Schon der bloße Zweifel daran beweist nach M.E. Meyer, AT S.149, daß die "elementaren Verstandes-funktionen" des Zweiflers durch die strafrechtliche Literatur erschüttert sind.

Zur Bejahung der Kausalität suchte man in der Unterlassung eine positive Handlung, ein Andershandeln<sup>1</sup>, ein vorausgegangenes Handeln<sup>2</sup> oder gar die Unterdrückung eines Tätigkeitsreizes<sup>3</sup> nachzuweisen.

Wenn somit auch der Ansatz, nach welchem eine Unterlassung immer Nichtvornahme eines erwarteten Tuns ist<sup>4</sup>, zutreffend ist, dann ist der Schluß von der Unterlassung als eines "Etwas-nicht-tuns" auf den Charakter der Unterlassung als positiver Handlung gleichwohl alles andere als zwingend, selbst wenn man dabei berücksichtigt, daß das Problem der Abgrenzung von Tun und Unterlassen noch immer ungelöst ist<sup>5</sup>. Denn

- 
1. An die Kausalität der "anderen Handlung" knüpfte schon Luden (siehe oben S.76 N.3) an; dazu den dogmengeschichtlichen Überblick bei Welp, Tun S.30 ff; dagegen hat schon Krug, Kommentar S.29 ff geltend gemacht, daß der Säugling dann am Strümpfestriicken gestorben sei, wenn die Mutter, statt ihm Nahrung zu geben, Strümpfe gestrickt habe.
  2. Nachweise und Kritik bei Welp, aaO S.32 ff.
  3. So vor allem v.Buri, Causalität S.96 ff; weitere Nachweise und Kritik bei Welp, aaO S.45 ff und Rudolphi, Gleichstellungsproblematik S.15 ff.
  4. Diese Definition entspricht wohl der allgemeinen Meinung; vgl. etwa Jescheck, AT S.465, Stratenwerth, AT Rn.1089, v.Bubnoff, Entwicklung S.150, Roxin, ZStW 74,530, Schönke-Schröder-Stree, StGB vor §13,137, Hardwig, Zurechnung S.105, 186 und ZStW 74,29, Otto, Grundkurs S.156, Rudolphi, SK vor §13,4 und Schünemann, Grenzen S.6 ff; w.N. bei Androulakis, Studien S.37 ff. Sie setzt allerdings schon die Anerkennung des Charakters der Norm als Bestimmungsnorm voraus, da aus Bewertungsnormen allein kein rechtliches Sollen folgt; so Münzberg, Verhalten S.42 N.85 und 62 ff.
  5. Dazu siehe z.B. Roxin, ZStW 74,411 ff und Fschr. Engisch S.380 ff, Engisch, Fschr.Gallas S.168 ff, Samson, Fschr.Welzel S.584 ff, Philipps, Handlungsspielraum S.98 ff und 140 ff, Schöne, Erfolgsabwendungen S.7 ff und Busse, Täterschaft S.422 ff je m. w.N.; siehe auch Ulsenheimer, Pflichtwidrigkeit S.85 ff und Herzberg, Unterlassung S.36 und 239 f.

die "positive Seite des Andershandelns ist rechtlich bedeutungslos, was sich schon daraus ergibt, daß das Verhalten des Täters nicht anders zu beurteilen wäre"<sup>1</sup>, wenn er etwas anderes getan hätte:"das Andershandeln mag noch so viele Erfolge haben, stets handelt es sich um Erfolge eines positiven Tuns und nicht um solche von Unterlassungen. Außerdem ist gerade derjenige Erfolg, dessen Beziehung zur Unterlassung in Frage steht, unter ihnen nicht aufzufinden."<sup>2</sup> Es kommt also gar nicht darauf an, ob der Täter gar nichts oder ob er etwas anderes getan hat. Entscheidend für die rechtliche Beurteilung seines Verhaltens ist lediglich, daß er die erwartete Handlung unterließ. Alle Versuche, die Kausalität einer Unterlassung für den Erfolg nachzuweisen mußten fehlschlagen, da "Kausalität Veränderung mit Veränderung verknüpft", "der Nichteintritt einer Veränderung also ebensowenig Wirkung wie Ursache sein kann."<sup>3</sup> Denn "im eigentlichen Sinn ist Kausalität eine Kategorie des physischen Seins."<sup>4</sup>

Wenn aus diesem Grund die Ablehnung einer im naturwissenschaftlichen Sinn verstandenen Kausalität der Unterlassung für den Erfolg der h.M.<sup>5</sup> entsprechen

- 
1. Hardwig, aaO S.76.
  2. Münzberg, aaO S.40.
  3. Radbruch, Handlungsbegriff S.131.
  4. Arthur Kaufmann, F Schr.H.Mayer S.104; vgl. auch Bärwinkel, Struktur S.33.
  5. Z.B. Radbruch, aaO S.137, Busse, aaO S.40, Traeger, Kausalbegriff S.71, Arthur Kaufmann, aaO S.102 ff, Philipps, aaO S.126, Schöne, aaO S.25, Jakobs, Studien S.22, Seebald, GA 69,194, Lampe, ZStW 71, 598 ff, Bärwinkel, aaO S.33, Schünemann, aaO S.106, Lackner, StGB vor §13,III 1c und Kugler, Ingerenz S.61; a.A. aber z.B. Spendel, JZ 73,137 ff, 139.

dürfte, wird gleichwohl immer wieder die Ansicht vertreten, die Unterlassung sei kausal. Man dürfe die Kausalität eben nicht nur im rein naturwissenschaftlichen Sinn begreifen; Kausalität sei ein Rechtsbegriff und erfasse als solcher auch alle Fälle logischer und erkenntnistheoretischer Verknüpfungen. In diesem Sinn sei die Unterlassung ebenfalls kausal<sup>1</sup>, denn man könne sie nicht hinwegdenken - d.h. die erwartete Handlung hinzudenken - ohne daß der tatbestandsmäßige Erfolg entfiere<sup>2</sup>.

Ein solcher Begriff einer besonderen "juristischen Kausalität" verbindet sich jedoch immer - wie Schmidhäuser zutreffend bemerkt hat<sup>3</sup> - mit dem Inhalt des allgemeinen Kausalbegriffs. Das zeigt deutlich die Verwendung desselben durch seine Anhänger; denn gerade durch diesen Begriff der "juristischen Kausalität" wird der entscheidende Unterschied zwischen Begehungstat und Unterlassungsdelikt verschleiert.

Berade am Beispiel Belings läßt sich diese Widersprüchlichkeit gut demonstrieren: nach seiner Lehre

- 
1. N. bei Welp, Tun S.57 ff und Rudolphi, Gleichstellungsproblematik S.20 ff; auch die Begriffe "Bewirken" und "etwas zum Schlechten wenden" in E.A.Wolffs Arbeit "Kausalität von Tun und Unterlassen" erinnern an normative Kausalitätsvorstellungen.
  2. "Rechtliche" Kausaltheorien vertreten für die Unterlassungsdelikte z.B. Beling, Lehre S.165, v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch S.189 ff, M.E.Mayer, AT S.189 ff, Engisch, Kausalität S.29 ff, Maurach, AT S.591 f, Baumann, AT S.246 ff, Androulakis, Studien S.83 ff, Wessels, AT S.133 f, Hall, Erinnerungsgabe Grünhut S.224, v.Weber, Ftschr.Engisch S.328, Nickel, Problematik S.40 ff, 48, Kugler, aaO S.52 ff und Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.83; w.N. und Kritik bei Welp, aaO S.61 ff und V.Schmidt, Abgrenzung S.51 ff.
  3. AT S.685.



ist der Tatbestand rein deskriptiv; die Kausalität als Bindeglied zwischen Handlung und Erfolg ist nur festzustellen, eine Wertung ist im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit somit nicht erforderlich<sup>1</sup>. Die Unterlassung dagegen soll nur dann tatbestandsmäßig sein, wenn der Erfolg bei Vornahme der erwarteten, jedoch unterlassenen Handlung ausgeblieben wäre<sup>2</sup>. Da die Unterlassung aber ein "Etwas-nicht-tun" im Sinn der Nichtvornahme einer erwarteten Handlung ist, kommt im Bereich der Unterlassungsdelikte schon bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit eine Wertung ins Spiel.

Auch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit ist der Widerspruch aufzuzeigen: nach Beling ist eine tatbestandsmäßig kausale Unterlassung nur dann rechtswidrig, wenn sie eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung verletzt<sup>3</sup>. Wenn aber kausales Handeln und "kausales" Unterlassen in Bezug auf die Tatbestandsmäßigkeit identisch wären, dann müßte die Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung deren Rechtswidrigkeit indizieren<sup>4</sup>. Damit wird aber uneinsehbar, warum bei der Unterlassung eine besondere Rechtswidrigkeit verlangt wird, die in der Verletzung einer besonderen Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung besteht<sup>5</sup>.

Auch wenn man - wie Nagler es getan hat - die Gleichstellungsproblematik über eine "Garantenstellung"

---

1. Siehe oben S.17 N.2.

2. Beling, Lehre S.224.

3. Lehre S.165.

4. Dazu siehe oben S.17.

5. Vgl. auch Nagler, GS 111,74 und 82, Sauer, Grundlagen S.456, Armin Kaufmann, Dogmatik S.263, E.A.Wolff, aaO S.35 und Welp, aaO S.63 f.

schon im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit zu lösen versucht, indem man die Garantenstellung zum "ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal" macht<sup>1</sup> und auf diese Weise vermeidet, daß die Unterlassung eine "doppelte Rechtswidrigkeit" hat, ist der grundlegende Widerspruch zwischen der Behandlung von Begehungs- und Unterlassungsdelikten nicht ausgeräumt. Denn wenn "die Gleichstellung der Passivität mit der positiven Tätigkeit von einem besonderen Pflichtenverhältnis" abhängt, "vermöge dessen der Täter zur Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolges durch Parierung der entgegengesetzt wirkenden Kräfte berufen oder bestellt worden ist"<sup>2</sup>, dann wird mit dieser Forderung doch gerade nicht erreicht, daß der "passiv sich Verhaltende tatbestandsmäßig dem aktiv Tätigen durchaus parallel geschaltet"<sup>3</sup> ist. Denn wenn tatsächlich Handeln und Unterlassen "in gleicher Weise", d.h. im Sinn einer im hypothetischen Ergänzungsverfahren festzustellenden Bedingung bzw. im Sinn eines der rechtlichen Bewertung "sozialen Zusammenhangs"<sup>4</sup>, der auf einer "dem Gemeinschaftserlebnis entspringenden Erwartung"<sup>5</sup> beruht, kausal ist, und wenn somit die Nichtabwendung eines Erfolges in gleicher Weise Erfolgsverursachung ist wie die Herbeiführung desselben, dann ist für "zusätzliche Anforderungen an

- 
1. Dazu siehe auch Armin Kaufmann, aaO S.249 f; vgl. auch Welp, aaO S.73, Rudolphi, aaO S.46, aber auch Bärwinkel, Struktur S.19.
  2. Nagler, GS 111,59; wie er auch Gallas, ZStW 67,26 N.56 a, Androulakis, Studien S.308 und H.Mayer, Lehrbuch S.112 ff.
  3. Nagler, GS 111,54.
  4. Nagler, GS 111,34.
  5. Nagler, GS 111,35.

die unechten Unterlassungsdelikte innerhalb der Tatbestandsmäßigkeit kein Raum mehr", dann "ist eben mit der Feststellung der Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges der Begehungstatbestand erfüllt."<sup>1</sup> Damit führt die unterschiedliche Benutzung des Begriffs "Kausalität" auch in Naglers Lösung zu einem Widerspruch im System.

Auch der jüngst von Herzberg von einem "negativen Handlungsbegriff"<sup>2</sup> aus unternommene Versuch, die Unterlassungsdelikte widerspruchsfrei in das System der Begehungsdelikte einzuordnen, kann nicht als gelungen angesehen werden. Erstens deutet Herzberg die Begehungsdelikte in Unterlassungsdelikte um<sup>3</sup>, ohne überhaupt die Zulässigkeit dieses Verfahrens zu überprüfen<sup>4</sup>. Zweitens paßt der "negative Handlungsbegriff" schon nach Ansicht Herzbergs<sup>5</sup> nicht auf alle Delikte, was angesichts der Tatsache, daß es sich um einen dogmatischen Grundbegriff handeln soll, mehr als nur ein "Schönheitsfehler" ist. Drittens ist der "negative Handlungsbegriff" ein ganz eindeutiger Vorgriff auf den Bereich des tatbestandlichen Unrechts<sup>6</sup>: das "vermeidbare Nichtvermeiden in Garantenstellung"<sup>7</sup> ist ja letztlich nur ein anderer Ausdruck für das rechtliche Sollen. Handlung ist bei Herzberg somit nur die "tatbestandsmäßige Handlung". Schließlich und vor

- 
1. Armin Kaufmann, aaO S.252; vgl. auch Welp, aaO S.73 und 168.
  2. Unterlassung S.251 ff.
  3. So aber auch Hall, Erinnerungsgabe Grünhut S.225 f.
  4. Kritisch auch Kugler, Ingerenz S.133 und Schöne, Erfolgsabwendungen S.260.
  5. aaO S.176.
  6. a.A. aber Herzberg, aaO S.173 und 183; wie hier z.B. Schünemann, GA 74,241 N.72.
  7. Herzberg, aaO S.169 ff 172 ff.

allem aber wird durch die Hereinnahme des Garantenbegriffs in den Handlungsbegriff schon der Umfang des Handlungsbegriffs selbst konturenlos. Die für die Begehungstatbestände von Herzberg 'erfundene' "Garantenstellung über den eigenen Körper" ist die einzige in den Konturen fest umrissene Position. Denn woher nimmt Herzberg z.B. die Gewißheit, daß der Begriff "Töten" im Sinn des §212 StGB auch die Fälle der "Ingerenz" umfaßt? Woher weiß er, daß es darum geht, "diese Figur bei der Bildung des Handlungsbegriffs überhaupt zu berücksichtigen."<sup>1</sup>? Angesichts der Umstrittenheit nicht nur der Existenz unechter Unterlassungsdelikte überhaupt<sup>2</sup>, insbesondere aber gerade der Rechtsfigur der "Ingerenz"<sup>3</sup> bleibt nur die Schlußfolgerung, daß Herzberg vom Ergebnis eines fast unbestrittenen Strafbedürfnisses ausgeht und dieses mit seinem "negativen Handlungsbegriff" dogmatisch zu untermauern sucht<sup>4</sup>. Auch Herzbergs Versuch einer logischen Gleichstellung von Begehungs- und Unterlassungsdelikten ist folglich als gescheitert anzusehen.

- 
1. Herzberg, aaO S.198; vgl. auch S.193 und 211.
  2. Dazu siehe Schöne, aaO S.235 ff m.w.N., aber auch Granderath, Rechtspflicht S.14 ff und Rudolphi, Gleichstellungsproblematik S.158 ff.
  3. Dazu siehe einerseits Schünemann, Grenzen S.316 ff und GA 74,231 ff, Roxin-Schünemann-Haffke, Klausurenlehre S.246, Roxin, ZStW 83,403, Langer, Sonderverbrechen S.504, Pfeleiderer, Garantenstellung S.92 ff und Schöne, aaO S.260, andererseits Busse, Täterschaft S.192 f, 223 und 279 sowie Otto, NJW 74,528 ff und Grundkurs S.162 f.
  4. Kritisch auch Stratenwerth, Fschr.Welzel S.296 N.21, Jakobs, ebda S.310 N.12, Schünemann, GA 74,237 ff, Engisch, Fschr.Gallas S.193 ff, Maiwald, ZStW 86, 653 N.86, Schöne, aaO S.258 ff und 266 ff.

Allen diesen Ansichten gegenüber gilt es festzuhalten, daß es schon im tatsächlichen Bereich einen Unterschied zwischen Unterlassung und Tun gibt, der darin liegt, daß der "Handelnde den Erfolg 'aktiv', 'naturwissenschaftlich-real', 'physikalisch-mechanisch', 'dynamisch' und 'kraftvoll' durch 'Energieeinsatz' bewirkt hat, während das Unterlassen gerade durch die Negation des Energieeinsatzes definiert ist."<sup>1</sup>

Der entscheidende Unterschied zwischen Begehungs- und Unterlassungstat ist damit jedoch noch nicht getroffen. Dieser liegt vielmehr in folgendem: der Begriff der tatbestandsmäßigen Handlung wird von den Vertretern der Bedingungstheorie beim Begehungsdelikt wertfrei in dem Sinn aufgefaßt, daß die Beziehung der Handlung auf den Erfolg feststellbar sei, ohne daß es dazu einer Wertung des Geschehens bedürfe<sup>2</sup>. Die Beziehung der Unterlassung zum Erfolg kann dagegen erst erkannt werden, wenn vorher eine Wertung des Geschehens vorgenommen wurde<sup>3</sup>: die rechtliche Beurteilung ist in diesem Bereich das logische prius<sup>4</sup>. Kausalität ist hier also nicht feststellbar, sondern lediglich beurteilbar.

- 
1. Welp, *Tun* S.109 ff, Roxin, *Fschr.Engisch* S.380 und *Androulakis*, *Studien* S.51 ff; schon früher A.Horn, *GS* 54,321; vgl. neuerdings wieder Maiwald, *ZStW* 86,654, Haffke, *ZStW* 87,70 f, Otto, *Grundkurs* S.166, Rudolphi, *SK* vor §13,6 und Engisch, *Fschr.Gallas* S.171 ff; kritisch aber z.B. Samson, *Fschr.Welzel* S.586 ff und 590 ff; auch Jakobs, *Studien* S.22 f.
  2. Daß auch die klassische Unrechtslehre Bedingung und Erfolg vor Feststellung der Kausalität durch das "Vorverständnis" des Beurteilenden bewertet, betont zutreffend Otto, *Fschr.Maurach* S.95.
  3. So auch Schünemann, *Grenzen* S.278; vgl. auch v.Bubnoff, *Entwicklung* S.150 und Welp, *aaO* S.169 ff m.N.
  4. Roxin, *Ged.schr.Radbruch* S.266; vgl. auch Engisch, *Fschr.Welzel* S.374 f, Preuß, *Untersuchungen* S.101 und *Androulakis*, *aaO* S.67 ff.

Es handelt sich bei der Kausalität der Unterlassung folglich um einen "terminologischen Kunstgriff". Der "Name Kausalität" täuscht dabei eine Wirkung vor, "obwohl ganz andere Zurechnungsprinzipien gemeint sind."<sup>1</sup> Wenn die Kausalität sich daraus ergibt, daß eine bestimmte Handlung erwartet war, dann wird durch die "Unterlassungskausalität" "nur der klare Gedanke rechtlichen Sollens durch eine trübe Vorstellung ersetzt."<sup>2</sup> Gerade die schon zur Feststellung der Unterlassung erforderliche Wertung ist es auch, die die Problematik der Unterlassungsdelikte so kontrovers macht, da die Frage, wann der Unwert einer Unterlassung demjenigen einer Handlung gleichsteht, im Gesetz nicht geregelt ist<sup>3</sup>. Es bleibt festzuhalten, daß mit dem Begriff der Unterlassungskausalität lediglich gemeint ist, daß ein Erfolg durch das gebotene Verhalten hätte vermieden werden können. Dies aber ist

- 
1. Münzberg, Verhalten S.55; vgl. Sauer, Strafrechtslehre S.79; gegen die Verwendung des Begriffs Kausalität mit zwei verschiedenen Inhalten auch Welp, aaO S.167 ff; gegen diesen - nicht überzeugend - Nickel, Problematik S.47 N.133.
  2. Münzberg, aaO S.58 N.115; vgl. auch Schmidhäuser, Ged.schr. Radbruch S.278.
  3. Siehe dazu außer den oben S.11 N.3 zitierten Monographien z.B. Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung (1968), Pfeleiderer, Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun (1968), Bärwinkel, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten (1968); dazu siehe auch Roxin, Kriminalpolitik S.20 N.44, bei dem Problem handele es sich nicht um Gesetzesauslegung, sondern um Gesetzes-schöpfung; wie richtig dieses Verdikt Roxins ist, läßt sich an der Arbeit Herzbergs feststellen, der nach der zutreffenden Ausdeutung von Schönemann, GA 74,239 die "einzelnen Fälle der "Sonderverantwortlichkeit" letztlich nur noch aus seinem eigenen Rechtsgefühl ableiten" kann.

"keine Kausalität, sondern nur die Vorstellung einer gebotenen Handlung, die deshalb geboten war, weil sie hätte kausal werden können."<sup>1</sup>

Wenn aber die Unterlassung - als "negative Bedingung"<sup>2</sup> - für den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs nicht kausal wird, dann folgt daraus zwar noch nicht zwingend, daß es für Handlung und Unterlassung keinen gemeinsamen Oberbegriff geben könne<sup>3</sup>, daß es also den vielzitierten "unheilvollen Riß" im Gefüge des Strafrechts gibt<sup>4</sup>, wobei allerdings bemerkenswert ist, daß die Möglichkeit eines Oberbegriffs immer nur als "Handlungsentwurf", als "zukünftige Möglichkeit der Person" gesehen wird<sup>5</sup> und daß jeder Oberbegriff ins Normative hinübergreift<sup>6</sup>.

- 
1. Münzberg, aaO S.56; vgl. auch Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.21 f.
  2. M.L.Müller, Bedeutung S.19 f.
  3. So Radbruch, Handlungsbegriff S.132 ff; siehe dazu auch Schmidhäuser, Gschr.Radbruch S.278, Gallas, ZStW 67,7 f, Welp, Tun S.172 und Arthur Kaufmann, Fschr.H.Mayer S.90.
  4. Dazu Hardwig, Zurechnung S.101 ff, Herzberg, Unterlassung S.159 f und Schünemann, Grenzen S.58 f.
  5. Siehe z.B. Lampe, ZStW 79,476 ff: Gleichstellung unter dem Gesichtspunkt der Freiheit; Armin Kaufmann, Dogmatik S.84 f: Handlungsmöglichkeit; Bärwinkel, Struktur S.35 ff: disjunktive Möglichkeit; Michaelowa, Begriff S.41 ff: freie Stellungnahme und S.83 ff: menschliche Seinsäußerung; Herzberg, aaO S.170 ff: vermeidbares Nichtvermeiden. Der Wechsel des Blickpunkts vom Vergangenen (Radbruch) in die Zukunft erscheint dabei das wesentliche zu sein, weil er auch den Unterschied zwischen der kausalen und der personalen Unrechtslehre kennzeichnet, den Unterschied nämlich zwischen Erfolgsverursachung und Rechtsgutsgefährdung durch Handeln.
  6. So ausdrücklich z.B. Herzberg, aaO S.184 unter Bezugnahme auf Roxin, ZStW 74,516 und ZStW 82,681; dazu auch Schünemann, aaO S.278 und Lampe, Unrecht S.80.



Aus der fehlenden Kausalität der Unterlassung für den Erfolg ergibt sich aber zum einen eine normlogische Verschiedenheit von Begehungs- und Unterlassungstatbestand<sup>1</sup>. Zum anderen aber wird daraus ersichtlich, daß die Rechtswidrigkeit der Unterlassung nicht auf dem Eintritt des im Tatbestand beschriebenen Erfolges beruht, also unabhängig von dessen Eintritt bestimmbar sein muß<sup>2</sup>: denn die Rechtswidrigkeit liegt hier gerade in der Nichtkausalität, in dem Nichteingreifen des Subjekts in den anderweitig hervorgerufenen Kausalverlauf<sup>3</sup>.

- 
1. Dazu siehe Armin Kaufmann, aaO S.254 ff, Nickel, aaO S.55 ff, Schöne, Erfolgsabwendungen S.238 ff, Philipps, Handlungsspielraum S.30 ff, Roxin, Täterschaft S.461, Langer, Sonderverbrechen S.502 f, Granderath, Rechtspflicht S.45, Welp, aaO S.171 und Bärwinkel, aaO S.21 f m.w.N.; Herzberg, aaO S.2 bezeichnet diese Auffassung als die "allmählich überwiegende Meinung"; Herzberg selbst kommt von seinem "negativen Handlungsbegriff" zu einem anderen Ergebnis (S.251 ff); a.A. auch - aber nicht überzeugend - Busse, Täterschaft S.28 ff, 38 und 260.
  2. So auch Münzberg, aaO S.56.
  3. Vgl. Hardwig, Zurechnung S.100 und Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.21 f.

## D Das Notwehr-Argument

Auch die Rechtswidrigkeit des Angriffs im Sinn der Notwehrbestimmung kann nur begründet werden, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, daß die Rechtswidrigkeit einer Handlung unabhängig vom Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs feststellbar sein muß.

Hier ist sofort der Einwand zu erwarten, daß es doch gar nicht geklärt sei, ob das Merkmal der Rechtswidrigkeit des Angriffs identisch ist mit der Rechtswidrigkeit als allgemeinem Verbrechensmerkmal: bei der Notwehr komme es lediglich darauf an, daß der Betroffene den Angriff nicht zu dulden brauche<sup>1</sup>.

Abgesehen von der Tatsache, daß ein zweifacher Begriff der Rechtswidrigkeit, wie er dann unvermeidbar wäre<sup>2</sup>, mehr als ein bloßer Schönheitsfehler ist, ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, daß es sich bei dem Ausdruck vom "Nicht-dulden-müssen" des Angriffs um eine Leerformel handelt<sup>3</sup>: denn das eigentliche Problem wird

- 
1. So z.B. Engisch, Untersuchungen S.60 f, Stratenwerth, ZStW 68,60, Baldus, LK §53,7 f, Jakobs, Studien S.16 f, Preuß, Untersuchungen S.85, Samson, SK §32,12 und Otto, Grundkurs S.120; vgl. auch Zielinski, Handlungsunwert S.297 ff, Welzel, Fahrlässigkeit S.26 ff und Binavince, Momente S.114 m.w.N.
  2. Für die Einheit des Rechtswidrigkeitsbegriffes treten u.a. ein: Fischer, Rechtswidrigkeit S.115, Nagler, F Schr.Binding Bd.II S.360, Sauer, Grundlagen S.388, Mezger, Lehrbuch S.181, Kern, ZStW 64,262, Salm, Verbrechen S.181 und Binavince, aaO S.115; a.A. aber z.B. Oehler, Zweckmoment S.88 f, Deutsch, Fahrlässigkeit S.283 und Kraushaar, GA 65,18 sowie Jakobs, aaO S.16 ff; w.N. bei Otto, ZStW 87,570 N.125.
  3. Vgl. Sauer, Strafrechtslehre S.119, Münzberg, Verhalten S.343 und Zielinski, aaO S.298 N.73.

von dieser Formel gerade offen gelassen, das nämlich, welcher Angriff zu dulden ist und welcher nicht<sup>1</sup>.

Weil somit die maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte in der genannten Formel offenbleiben<sup>2</sup>, besteht auch eine bemerkenswerte Unsicherheit bei der Antwort auf die Frage, gegenüber welchem Verhalten Notwehr möglich und zulässig ist. Umstritten ist insbesondere, ob die Rechtswidrigkeit insoweit als allgemeines Verbrechensmerkmal zu verstehen ist<sup>3</sup>, so daß auch gegenüber Angriffen von Kindern oder Geisteskranken und sogar auch gegenüber nicht-sorgfaltswidrigem Verhalten<sup>4</sup> Notwehr zulässig ist, wobei "sozialethische Einschränkungen" über die "Erforderlichkeit" oder das "Gebotensein" der Abwehrhandlung vorgenommen werden können<sup>5</sup>, ob

---

1. So auch Binavince, aaO S.115.

2. Vgl. auch Jakobs, aaO S.16 f, der die Zulässigkeit der Notwehr nicht an das Erfordernis einer rechtswidrigen Handlung knüpft, jedoch weder Kriterien für die Duldungspflicht, noch solche für die Rechtswidrigkeit des Angriffs angibt.

3. So insbesondere Baumann, AT S.309, Welzel, Strafrecht S.85, Schönke-Schröder-Lenckner, StGB §32,19, Sauer, aaO S.119, Lenckner, GA 68,3 und Kratzsch, Grenzen S.32 f und GA 71,75.

4. Gegen die Zulässigkeit der Notwehr (für rechtfertigenden Notstand) in diesem Fall zutreffend z.B. Zipf, ZStW 82,642, Schmidhäuser, Fshr.Honig S.196, Krümpelmann, Bagatelldelikte S.101 N.7, Binavince, aaO S.114 ff, Preuß, Untersuchungen S.86, Blei, AT S.127; siehe aber auch Kühl, Beendigung S.159 ff, Zielinski, aaO S.297 ff, Jakobs, aaO S.54 f, Deutsch, Fahrlässigkeit S.258 und Roeder, Einhaltung S.85 f.

5. Vgl. Jescheck, AT S.256 ff, Roxin, ZStW 75,556, Baumann, AT S.315 ff, Kohlrausch-Lange, StGB §53,II, Lackner, StGB §32,3; w.N. bei Eser, Strafrecht I S.76 f und Himmelreich, Notwehr S.91. Kritisch dazu z.B. Bockelmann, Fshr.Honig S.24, Münzberg, aaO S.364 ff; gegen alle Einschränkungen Kratzsch, Grenzen S.30 ff und GA 71,66 ff; dazu kritisch Roxin, Kriminalpolitik S.28 N.62 und Jescheck, AT S.256.

lediglich ein schuldhafter Angriff das Notwehrrecht gibt<sup>1</sup> oder ob sogar ein vorsätzlicher schuldhafter Angriff zu fordern ist<sup>2</sup>.

Welcher Ansicht letztlich zuzustimmen ist, mag für diese Untersuchung jedoch dahinstehen. Denn, gleichgültig ob die "Duldungspflicht" des Angegriffenen deshalb nicht besteht, weil der Angreifer rechtswidrig handelt und "Recht dem Unrecht nicht zu weichen" braucht<sup>3</sup>, oder deshalb, weil eine solche aufgrund anderer Kriterien verneint werden muß, jedenfalls kann weder das "Nicht-dulden-müssen", noch die Rechtswidrigkeit des Angriffs darauf beruhen, daß die Handlung des Angreifers einen tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht hat: durch die Notwehr soll ja gerade der Eintritt desselben erst verhindert werden. Aus diesem Grund ist es auch unrichtig bzw. zumindest unpräzise ausgedrückt, wenn der Angriff definiert wird als "Verletzung oder Gefährdung"<sup>4</sup> eines rechtlich ge-

- 
1. So z.B. Beling, Grundzüge S.16, Hold-Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd.II S.122 und Wegner, AT S.123.
  2. So z.B. H.Mayer, AT S.98 f; im Ergebnis ähnlich Schmidhäuser, AT S.340 ff und Fschr.Honig S.191 ff mit dem Erfordernis, die "empirische Geltung der Rechtsordnung selbst" müsse angegriffen sein; dazu siehe Roxin, ZStW 83,386 ff, aber auch ders., Kriminalpolitik S.28 ff sowie Kratzsch, GA 71,75; ähnlich wie Schmidhäuser neuerdings Bertel, ZStW 84,10 ff, Plate, ZStW 84,302 und Otto, Grundkurs S.120 f und ZStW 87,577; vgl. auch Schröder, JuS 73,158.
  3. Dazu siehe Löffler, ZStW 21,567, Roxin, ZStW 75,564, Stratenwerth, ZStW 68,60, Himmelreich, aaO S.88 ff, Kratzsch, Grenzen S.32 f und GA 71,76 und Lenckner, Notstand S.24 m.w.N.; ähnlich auch Bertel, ZStW 84, 8 f und Schröder, JuS 73,158; Zielinski, Handlungs-unwert S.298 weist aber zu Recht darauf hin, daß der Satz eines konkret faßbaren Inhalts entbehrt.
  4. So z.B. Jescheck, AT S.252 und Baumann, AT S.306.

schützten Gutes. Gegen die schon eingetretene Verletzung ist nämlich Notwehr gar nicht mehr gegeben, da der Angriff nicht mehr "gegenwärtig" im Sinn des §32 StGB ist<sup>1</sup>. Die Notwehr könnte sich folglich nur gegen eine neue, d.h. aber wiederum gegen eine nur "drohende Verletzung" bzw. gegen das neuerliche "gefährdende Verhalten"<sup>2</sup> richten. Denn "gegenwärtiger Angriff" im Sinn des §32 StGB ist nur ein solches Verhalten, das zwar noch kein Recht verletzt, das "aber unmittelbar in eine Verletzung umschlagen kann, so daß durch das Hinausschieben der Abwehrhandlung deren Erfolg gefährdet werden würde."<sup>3</sup>

Ist aber Notwehr nur gegen ein bislang folgenloses, jedoch gefährdendes Verhalten zulässig, weshalb auch eine gewisse Unsicherheit über die Zulässigkeit der Notwehr gegenüber einem untauglichen Versuch besteht<sup>4</sup>, so muß das Kriterium des "Nicht-dulden-müssens" bzw. dasjenige der "Rechtswidrigkeit des Angriffs" bestimmbar sein, ohne daß man auf den später möglicherweise eintretenden Erfolg - als real eingetretenen - abstellt<sup>5</sup>. Zur Feststellung der Erforderlichkeit der Notwehr bedarf es einer Prognose über die Angriffs-

- 
1. Siehe dazu ausführlich Kühl, Beendigung S.150 ff.
  2. Diese Definition dürfte der Auffassung der h.M. entsprechen; siehe z.B. Lenckner, GA 68,3, Welzel, Strafrecht S.84 f, Kratzsch, Grenzen S.32 f, Stratenwerth, ZStW 68,63, Schmidhäuser, AT S.346 und Langer, Sonderverbrechen S.294.
  3. BGH NJW 73,255 m.w.N.
  4. Dazu siehe Schöke-Schröder-Lenckner, StGB §32,12 (gegen die Voraufg.), Baldus, LK §53,3 und Blei, AT.S.130 einerseits und Zielinski, Handlungsunwert S.242 andererseits.
  5. Der Sache nach wohl unstreitig; ausdrücklich so z.B. Münzberg, Verhalten S.112 ff und 344 ff sowie V.Schmidt, Abgrenzung S.78.

handlung<sup>1</sup>: die Rechtswidrigkeit des Angriffs ist  
folglich ex ante zu bestimmen<sup>2</sup>.

- 
1. Vgl. auch Armin Kaufmann, F Schr. Welzel S.401 und Zielinski, aaO S.435 ff; a.A. aber z.B. Roeder, Einhaltung S.88 und 92 N.98 mit der bemerkenswerten (Standpunktwechsel!) Begründung, der "noch gar nicht eingetretene" Erfolg sei eben schon ex ante rechtswidrig, was allerdings erst durch eine "Metagnose" ex post festgestellt werden könne.
  2. Dies gilt entsprechend für alle Rechtfertigungsgründe; vgl. Lenckner, aaO S.80, Jescheck, AT S.255, Zielinski, aaO S.237 ff, Armin Kaufmann, F Schr. Welzel S.401 m.w.N.

## Teil II

## Kriterien der Täterschaft

Bisher wurde der Nachweis erbracht, daß die objektive Unrechtslehre den Einbau subjektiver Elemente in den Bereich tatbestandsmäßigen Unrechts nur auf Kosten der Widerspruchslosigkeit ihres Systems hat vornehmen können und daß sie die Teilnahmelehre nicht in dogmatisch befriedigender Weise hat einordnen können<sup>1</sup>.

Weiterhin wurde versucht, unter ausführlicher Darlegung der Prämissen aufzuzeigen, daß das Urteil über ein Verhalten als rechtswidrig schon vor dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs gefällt werden können muß, daß also spätestens im Zeitpunkt des Verhaltens die Rechtswidrigkeit desselben feststellbar sein muß<sup>2</sup>.

Die These von der ex ante feststellbaren Rechtswidrigkeit einer Handlung, die - wie gezeigt wurde - der dogmatisch allein befriedigende Ausgangspunkt einer Unrechtslehre - und damit auch der Täterlehre<sup>3</sup> - ist, soll nunmehr fruchtbar gemacht werden. Dabei wird sich herausstellen, daß schon über die Struktur der Alleintäterschaft recht präzise Angaben gemacht werden können, die dann eine genaue Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ermöglichen.

Da Täterschaft gleichbedeutend ist mit der Vornahme

- 
1. Siehe oben Teil I Kap.1 B und C.
  2. Siehe oben Teil I Kap.2.
  3. Dazu siehe oben S.7 f.



der unrechtstypischen Handlung, gilt es nunmehr, die Struktur dieser Unrechtshandlung aufzuzeigen. Dabei wird sich zeigen, daß jede Unrechtshandlung auf einer "Grundstruktur", der rechtswidrigen Handlung, aufbaut. Diese "primäre Rechtswidrigkeit"<sup>1</sup> wird konstituiert durch Kriterien, die jeder Unrechtshandlung, d.h. aber auch jeder Täterhandlung, innewohnen. Die "primäre Rechtswidrigkeit" ist somit der Gattungsbegriff für alle Formen der Täterschaft, bestehend lediglich aus allgemeinen Täterschaftskriterien<sup>2</sup>. Auf diesem Gattungsbegriff aufbauend lassen sich durch "zusätzliche, jeweils spezielle Merkmale" (differentia specifica) die jeweiligen deliktstypischen Täterbegriffe bilden.

Um dieses aufzeigen zu können, wird es erforderlich sein, diese Zusatzkriterien zumindest in recht allgemeiner Form kurz aufzuzeigen<sup>3</sup>.

Erst im Anschluß daran werden wir in der Lage sein, die Kriterien der Täterschaft, differenziert nach Deliktstypen, darzustellen<sup>4</sup>.

---

1. Die Kriterien werden in Kapitel 1 dargelegt.

2. Siehe dazu oben S.1 ff.

3. Dazu siehe unten Teil II Kap.2.

4. Unten Teil II Kap.3.

## Kapitel 1 Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit einer Handlung: der Täterbegriff der Fahrlässigkeitsdelikte

### A Der tatbestandsmäßige Erfolg und die Rechtswidrigkeit

Zunächst muß die Rolle des vom Tatbestand beschriebenen Erfolgs<sup>1</sup> noch einmal kurz dargelegt werden: Der Erfolg ist - in vielen Tatbeständen - Tatbestandsmerkmal. Das Rechtswidrigkeitsurteil knüpft aber schon an das Verhalten selbst an<sup>2</sup>.

Daraus folgt, daß der tatbestandsmäßige Erfolg eine über die Rechtswidrigkeit hinaus erforderliche zusätzliche Voraussetzung für die Rechtsfolge "Strafe" ist<sup>3</sup>. Das Strafrecht beschreibt ja auch nicht alle Möglichkeiten rechtswidrigen Verhaltens, vielmehr geht es um die Auswahl der besonders strafwürdigen aus den rechtswidrigen Verhaltensweisen<sup>4</sup>. "Nicht das

- 
1. Da hier nur die Rolle des Erfolgseintritts für das Verbrechenssystem untersucht wird, kann von den sog. schlichten Tätigkeitsdelikten an dieser Stelle abgesehen werden.
  2. Siehe dazu oben Teil I Kap.2.
  3. Für die Unabhängigkeit von Rechtswidrigkeit und Haftung z.B. Hold-Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd.II S.53, Sauer, Grundlagen S.308, M.L.Müller, Bedeutung S.5, 8, Nagler, F Schr.Binding Bd.II S.316, Engisch, Untersuchungen S.339 ff, Noll, Rechtfertigungsgründe S.15, Johannes, Täterschaft S. 57 und H.R.Horn, Untersuchungen S.109 N.45; w.N. bei Münzberg, Verhalten S.73.
  4. Vgl. Münzberg, aaO S.69 N.137 und Otto, ZStW 87,539.

ist rechtswidrig, was mit einer Sanktion belegt ist, sondern das, was rechtswidrig ist, wird mit einer Sanktion belegt."<sup>1</sup>

Ist aber der Eintritt des Erfolges nicht Voraussetzung der Rechtswidrigkeit einer Handlung, muß im Gegenteil die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens schon im Zeitpunkt der Handlung feststehen, dann ergibt sich nur eine Möglichkeit, das Urteil "rechtswidrig" zu fällen: die Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Handlung erfolgt am Maßstab des möglichen Erfolgs derselben, ex ante also.

Nur scheinbar weicht Schönemann von der hier vertretenen Auffassung ab, wenn er den Erfolgseintritt als Konstituens der Strafrechtswidrigkeit postuliert,<sup>2</sup> maßgeblich aber die aufgrund der Kausalgesetze erkennbare "Risikoabschätzung" sein läßt; dies ist aber der Sache nach der Standpunkt ex ante.

Auf eine Auseinandersetzung mit anderen Unrechtslehren kann hier wohl verzichtet werden<sup>3</sup>, da weder die finale Handlungslehre, noch die personale Unrechtslehre die These, die Rechtswidrigkeit einer Handlung müsse jeweils positiv und zwar ex ante festgestellt werden, klar erkannt bzw. durchgeführt hat.

Der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs ist nach der hier vertretenen Auffassung somit Haftungsvor-

---

1. H.R.Horn, aaO S.62; vgl. schon Beling, Lehre S.146; a.A. aber z.B. Armin Kaufmann, Dogmatik S.156 (Tatbestandsverwirklichung als Voraussetzung des Unrechts) und Schönemann, Fschr.Schaffstein S.170 ff (dazu aber Text); siehe auch Münzberg, aaO S.76 N.153.

2. aaO S.174 f.

3. Dazu siehe Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlage von Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966.

aussetzung. Mit anderen Worten: für eine rechtswidrige Handlung wird - bei den Erfolgsdelikten - nicht immer, sondern nur dann gehaftet, wenn aufgrund dieser Handlung der tatbestandsmäßige Erfolg eintritt.<sup>1</sup>

Die Notwendigkeit des Eintritts des Erfolges hat somit eine die Strafbarkeit rechtswidrigen Handelns begrenzende Funktion. Diese Funktion des Erfolges wird häufig verkannt, weil die praktische Strafrechtslehre anders vorgeht als die Theorie: erst das Vorliegen eines "corpus delicti" bietet Anlaß für die auf Kausalität aufbauenden, d.h. aber rückwärtsgerichteten Nachforschungen der Ermittlungsorgane<sup>2</sup>. Deutlich wird die die Strafbarkeit rechtswidrigen Handelns begrenzende Funktion des Erfolgseintritts aber z.B. in der Diskussion um den sogenannten "Schutzbereich der Norm": man haftet nur für solche Erfolge, die in einem ganz bestimmten Zusammenhang mit der vorangegangenen Handlung stehen<sup>3</sup>.

Auf diese Haftungsbegrenzung hat der Gesetzgeber nur bei ganz bestimmten, schwerwiegenden Delikten verzichtet. Bei diesen Delikten ist die Haftung schon an die rechtswidrige Handlung selbst geknüpft, d.h. sie tritt ein, ohne daß die Handlung zu einem

---

1. So auch Münzberg, aaO S.67 ff.

2. Dazu siehe oben S.48 m.N.

3. Siehe dazu Münzberg, aaO S.122 ff m.w.N.; hierbei geht es um die Haftung für "unvermeidbare Erfolge": "Risikoerhöhungsprinzip" (Roxin, Schaffstein, Otto, Stratenwerth und E.A.Wolff), "Vermeidbarkeitsprinzip" (Hardwig, Kahrs, Herzberg), "Intensivierungsprinzip" (Samson), "Beziehungsunwert" (Lampe) und "Rechtswidrigkeitszusammenhang" (Engisch, Seebald), um nur einige der für dieses Problem erfundenen Termini zu erwähnen.

tatbestandsmäßigen Erfolg geführt hätte: dies sind die Fälle des strafbaren Versuchs.

Wie der gerade im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte häufig vom Zufall diktierte Eintritt des Erfolgs<sup>1</sup> in das Unrechtssystem einzuordnen ist, insbesondere ob es sich dabei um eine Art "objektiver Bedingung der Strafbarkeit"<sup>2</sup> handelt oder ob wegen der notwendigen Beziehung des "Handlungsunwerts" auf den erstrebten Erfolg als "Sachverhaltsunwert"<sup>3</sup> etwas anderes zu gelten hat<sup>4</sup>, kann für diese Untersuchung aus Gründen, auf die zurückzukommen sein wird<sup>5</sup>, offen bleiben.

- 
1. Zum Zufallsmoment des Erfolgseintritts siehe z.B. Seiler, FschR.Maurach S.78 ff und Lampe, Unrecht S.75 ff; zutreffend weist aber Binavince, Momente S.207 darauf hin, daß es dieses Problem auch im Bereich der Vorsatztat gibt, da auch dabei der Täter nach seiner Willensbetätigung die Tat aus der Hand gibt; auch der angestrebte Erfolg ist für den Täter nie sicher, sondern nur wahrscheinlich; so schon M.L.Müller, Bedeutung S.22 ff, Krümpelmann, Bagatelldelikte S.75, Stratenwerth, SchwZStr.79, 245, Zielinski, Handlungsunwert S.131, 142 und Albrecht, Versuch S.44 m.w.N.
  2. So z.B. E.Horn, Verbotsirrtum S.31 N.48 und GA 69,292, Lüderssen, Strafgrund S.128 und ZStW 85, 292, Armin Kaufmann, ZfRV 64,43 und FschR.Welzel S.411; vgl. auch Krauß, ZStW 76,60, Albrecht, aaO S.83 und Müller-Dietz, Grenzen S.78 f; dagegen z.B. Jescheck, Aufbau S.17, Binavince, aaO S.224, Lampe, aaO S.95 f, Krümpelmann, aaO S.83, Amelung, Rechtsgüterschutz S.280, Montes, FschR.Welzel S.389 ff, Stratenwerth, FschR.Schaffstein S.187 und Schöne-mann, FschR.Schaffstein S.170 ff; Lüderssen, ZStW 85,295 ff verweist den Erfolg gar ins Beweisrecht.
  3. Dazu siehe Rudolphi, FschR.Maurach S.55 ff, 65; vgl. auch Gallas, ZStW 67,39 und Lampe, aaO S.79 sowie Zielinski, aaO S.124 f und 136 ff.
  4. Dazu siehe auch E.Horn, Gefährdungsdelikte S.80, Lampe, aaO S.210 ff, Krümpelmann, aaO S.93, Zielinski, aaO S.204 ff.
  5. Siehe unten Teil II Kap.2 B.

Festzuhalten bleibt, daß der Eintritt des Erfolges irrelevant für die Rechtswidrigkeit einer Handlung ist und daß daher auch die Kausalität - als aktuelle, eingetretene Kausalität - nicht Voraussetzung für die Rechtswidrigkeit einer Handlung sein kann. Denn bei der "Bestimmung eines Kausalzusammenhangs handelt es sich allemal um die Erklärung eines bestimmten Ereignisses ex post."<sup>1</sup> Dabei liegt der Unterschied zwischen dem Standpunkt "ex ante" und demjenigen "ex post" in der Auswahl der zur Beurteilung des Geschehens heranzuziehenden Faktoren: lediglich wenn alle maßgeblichen Faktoren zur Zeit des Handelns bekannt waren bzw. bekannt sein konnten, decken sich die ex ante bzw. ex post zu fällenden Urteile über die Situation<sup>2</sup>.

Da für die Rechtswidrigkeit der Handlung aber nur der möglicherweise aufgrund der Handlung eintretende Erfolg maßgeblich ist, kommt es auch lediglich auf einen als möglich erkennbaren bzw. erkannten Kausalzusammenhang an<sup>3</sup>.

Im Anschluß an frühere Ausführungen<sup>4</sup> läßt sich somit sagen: gemäß ihrem Zweck, Beeinträchtigungen von Rechtsgütern zu verhindern, verlangt die Norm, in jeder sich bietenden Situation von mehreren Möglichkeiten des Verhaltens diejenige zu wählen, die den

---

1. Hardwig, Zurechnung S.92; vgl. Münzberg, aaO S.148.

2. Vgl. Schmidhäuser, AT S.171, Schünemann, F Schr. Schaffstein S.174 f, Samson, Kausalverläufe S.47 und Zielinski, aaO S.185; siehe aber auch E.Horn, Gefährdungsdelikte S.51, 61; unten Text zu C.

3. Siehe auch E.Horn, aaO S.80 und V.Schmidt, Abgrenzung S.79 ff; eingehend unten Text zu B und C.

4. Oben S.45 ff.

von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg nicht zur Folge hat, bzw. verbietet sie ein Verhalten, das diesen Erfolg herbeizuführen geeignet ist<sup>1</sup>.

Da die schlagwortartige These, daß das deliktstypische Unrecht primär ein Handlungsunrecht voraussetzt, zwar zutreffend, jedoch letztlich ohne konkret greifbaren Inhalt ist<sup>2</sup>, sind nunmehr die Kriterien, anhand derer sich feststellen läßt, ob ein Verhalten rechtswidrig ist, soweit darzulegen als es zum Verständnis der späteren Kapitel erforderlich erscheint. Es handelt sich dabei um die "Eignung" eines Verhaltens, einen mißbilligten Erfolg herbeizuführen<sup>3</sup>, um das "Anders-handeln-können" des Handelnden<sup>4</sup> sowie um eine umfassende Interessenabwägung<sup>5</sup>.

- 
1. Vgl. Münzberg, aaO S.64 ff, 142; zum Standpunkt ex ante siehe auch Montes, F Schr. Welzel S.383 N.9; schon M.L.Müller, Bedeutung S.25 ff und Sauer, Strafrechtlehre S.84 f sahen als "verboden" das Setzen adäquater Erfolgsbedingungen an; ähnlich neuerdings Langer, Sonderverbrechen S.294 ff zum "Angriff" und E.Horn, aaO S.80; trotz ähnlichen Ansatzes wird aber von Hardwig, aaO S.92 und Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.54, 220 der Standpunkt ex post vertreten.
  2. Daran krankt auch die Arbeit von Schilling, der ebenfalls von der These von der Strafbarkeit des Handlungsunwerts ausgeht (Verbrechensversuch S. 100 ff), jedoch nie genau definiert, worin dieses Handlungsunrecht besteht; ansatzweise aber aaO S.111.
  3. Dazu unten Text zu B.
  4. Dazu unten Text zu C.
  5. Dazu Text zu D.



## B Das Prinzip der "Eignung"

Maßgeblich für die Bewertung eines Verhaltens als rechtswidrig ist zunächst die "Eignung"<sup>1</sup> dieses Verhaltens zur Verursachung einer Beeinträchtigung von Rechtsgütern ; denn die Rechtsordnung bewertet ein Verhalten nur deshalb als negativ, weil es auf Erfolge abzielt, die von der Rechtsordnung als unerwünscht bewertet werden und die daher verhindert werden sollen.<sup>2</sup>

1. Diese "Eignung" ist nun selbst nicht mit der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens gleichzusetzen, sondern sie ist lediglich eine Eigenschaft, die ein Verhalten auf jeden Fall haben muß, damit überhaupt Anlaß besteht, seine Übereinstimmung mit der Rechtsordnung zu überprüfen. Die Eignung ist somit nur das erste Merkmal einer rechtswidrigen Handlung.

- 
1. Der Sache nach bedeuten die Begriffe "Eignung" (Maihofer, Handlungsbegriff S.6, Hardwig, Zurechnung S.138, H.R.Horn, Untersuchungen S.74, Rehberg, Lehre S.111, Engisch, Untersuchungen S.74 ff und Münzberg, Verhalten S.145 ff m.w.N.), "objektive Tendenz" (Sauer, Grundlagen S.345 ff, Maihofer, aaO S.6, Oehler, Zweckmoment S.70 ff und Krauß, ZStW 76,22 f), die "objektive Finalität" und andere mehr oder weniger dasselbe, da jeweils eine vom Willen des Handelnden unabhängig Richtung des Verhaltens gekennzeichnet ist; vgl. Münzberg, aaO S. 155; neuerdings verwendet Zielinski, Handlungsunwert S.130 ff den Begriff der "Erfolgsfähigkeit" einer Handlung in gleichem Sinn.  
Über die Abgrenzung des Prinzips der Eignung von der "Adäquanz" siehe Münzberg, aaO S.145 ff sowie V.Schmidt, Abgrenzung S.85 ff.
  2. Vgl. Münzberg, aaO S.149; siehe auch Brehm, Dogmatik S.96.

Je nachdem, welche Rechtsgüter betroffen sind und in welcher Art und Weise die Rechtsordnung diese Rechtsgüter schützt, ist der Inhalt dieses Begriffes der Eignung ein unterschiedlicher:

a) Welches Verhalten zur Wahrung geschützter Interessen oder zur Verhinderung ihrer Verletzung geeignet ist, ergibt sich in vielen Fällen unmittelbar aus dem Gesetz selbst, dann nämlich, wenn Voraussetzungen und Inhalt der Verhaltenspflicht sich ohne weiteres aus dem gesetzlichen Tatbestand ergeben<sup>1</sup>. Dies ist der Fall bei den sogenannten "schlichten Tätigkeitsdelikten", bei denen sich das tattypische Unrecht in der Vornahme einer im Tatbestand näher beschriebenen Handlung erschöpft, bei denen also ein irgendwie gearteter "Erfolg" der Tätigkeit nicht Voraussetzung der Strafbarkeit des Tuns ist<sup>2</sup>. Es ist weiter der Fall bei den echten Unterlassungsdelikten, deren Abgrenzung von den sogenannten "unechten Unterlassungsdelikten" allerdings auch heute noch nicht völlig geklärt ist<sup>3</sup>, sowie bei denjenigen Gefährdungsdelikten, bei denen der Gesetzgeber selbst festgelegt hat, welches konkrete Verhalten er als gefährlich für ein bestimmtes Rechtsgut ansieht<sup>4</sup>. In allen diesen Fällen umschreibt das Gesetz nicht einen "schädlichen" Erfolg<sup>5</sup>, dessen Verhinderung das

---

1. Vgl. Münzberg, aaO S.167.

2. Dazu Schmidhäuser, AT S.213, Stratenwerth, AT Rn.200 ff und Baumann, AT S.133 f.

3. Siehe dazu z.B. Jescheck, AT S.458 ff, Armin Kaufmann, Dogmatik S.272 ff, Welp, Tun S.152 und Herzberg, Unterlassung S.21 ff.

4. Vgl. Münzberg, aaO S.167.

5. Dazu gehört nach ganz h.M. auch der Eintritt einer Gefahr bei den "konkreten Gefährdungsdelikten"; dazu siehe z.B. Schmidhäuser, AT S.214 f, Lackner, Gefährdungsdelikt S.7, E.Horn, Gefährdungsdelikte S.7 ff, 30 und Cramer, Vollrauschtatbestand S.51.

eigentliche gesetzgeberische Motiv für die Norm ist<sup>1</sup>, sondern das verbotene bzw. - bei den Unterlassungsdelikten - das gebotene Tun selbst.

Auf diese Weise hat der Gesetzgeber selbst dargelegt, welche Tätigkeiten die zu vermeidenden Erfolge verursachen könnten. Entstehungsgrund und Inhalt der Rechtspflicht sind somit jedenfalls soweit bestimmt als auf dieser Stufe der Rechtswidrigkeitsprüfung erforderlich ist<sup>2</sup>.

b) Dort, wo der Gesetzgeber nicht selbst im Tatbestand dargelegt hat, welches Verhalten ver- bzw. geboten sein soll, er sich vielmehr darauf beschränkt hat, den Verletzungserfolg als Voraussetzung der Strafe zu umschreiben, "versagt die gesetzliche Hilfe bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens."<sup>3</sup> Im Bereich der sogenannten "Erfolgssdelikte" ist folglich die jeweilige Rechtspflicht unter Berücksichtigung des Eignungsprinzips für jede konkrete Situation erst festzustellen.

Da sowohl der - konkret eingetretene - tatbestandsmäßige Erfolg als auch die ihn verursacht habende Kausalkette außer Betracht zu bleiben haben, weil die Rechtspflicht schon im Augenblick des Verhaltens selbst bestimmbar sein muß, ist die Rechtspflicht im Wege einer Prognose aufzufinden, einer Prognose, die zu klären sucht, welches Verhalten in der konkreten

---

1. Vgl. dazu auch Hardwig, aaO S.114.

2. Eingehend dazu Münzberg, aaO S.167 f und 167 N.332, S.168 ff; siehe auch Hardwig, aaO S.112 f, 114 ff und 134 ff sowie Brehm, Dogmatik S.124.

3. Münzberg, aaO S.174.

Situation des Täters einen tatbestandsmäßigen Erfolg nicht herbeigeführt hätte.

Eine solche Prognose erfordert zunächst einen Bezugspunkt, von dem aus sie zu erstellen ist, sowie ein Ausleseverfahren für die bei der Prognose zu berücksichtigenden Faktoren.

aa) Da die Norm als Bestimmungsnorm die rechtsunverworfenen Bürger zu rechtspflichtgemäßem Verhalten bestimmen will, die Pflicht also zur Zeit des Verhaltens bereits bestimmt, mindestens aber bestimmbar sein muß<sup>1</sup>, dürfen bei der Eignungsprognose, obwohl sie wegen der "prozessualen" Arbeitsweise der die Rechtswidrigkeit von Handlungen überprüfenden Stellen erst nach dem Eintritt des Erfolges erstellt wird (sog. "objektiv-nachträgliche Prognose"), nur solche Faktoren berücksichtigt werden, die ex ante erkennbar waren<sup>2</sup>.

Wenn nämlich die Beurteilung der Eignung ex ante erfolgen muß, dann dürfen nur diejenigen Faktoren berücksichtigt werden, die zur Zeit der Handlung in die "Kalkulation" des Handelnden hätten einbezogen werden können. Dabei ist maßgeblich der Augenblick, in dem der Handelnde das Geschehen "noch in den Händen" hat<sup>3</sup>, in dem er noch die letzte Möglichkeit einer Einflußnahme auf das Geschehen in der einen oder anderen Richtung hat<sup>4</sup>, da bis zu diesem Zeitpunkt

---

1. Vgl. oben Teil I Kap.2.

2. Dazu siehe z.B. Welp, Tun S.201 f und Philipps, Handlungsspielraum S.107 ff, 113 ff und 119 ff m.w.N.

3. Herzberg, ZStW 85,883.

4. Ausführlich dazu Roxin, F Schr.Maurach S.218, 226, 232 und JuS 73,329 sowie Münzberg, aaO S.182 f; siehe auch Lackner, Gefährdungsdelikte S.18, Roxin-Schünemann-Haffke, Klausurenlehre S.161, Rudolphi, SK §17,19 f, Otto, NJW 74,532 f und N.47 sowie Reinh.v.Hippel, Untersuchungen S.75.

der Handelnde sein Verhalten aufgrund der Eignungsprüfung noch hätte ändern können, um den schädlichen Erfolg zu vermeiden. Bis zu diesem Zeitpunkt eingetretene Faktoren dürfen bei der Eignungsprüfung berücksichtigt werden, soweit sie erkennbar waren; später eintretende Faktoren sind dagegen als tatsächliche nicht mehr, wohl aber als "zukünftige" zu berücksichtigen, wenn ihr Eintritt aufgrund der vorhandenen Faktoren schon voraussehbar war, wobei der Maßstab der Voraussehbarkeit noch festzulegen sein wird<sup>1</sup>.

Die Ansicht Schröders, "es würde jedenfalls als wenig sinnvoll erscheinen, wollte man - gestützt auf das menschliche Erfahrungswissen - eine Situation als ungefährlich bezeichnen, obwohl feststeht, daß sie einen schädlichen Erfolg ausgelöst hat"<sup>2</sup>, ist somit als unrichtig abzulehnen: nachträgliche Ereignisse können das Gefahurteil nicht mehr beeinflussen.

Dieser Ansicht, die spätestens im Bereich der Schuldprüfung im Rahmen der Vorhersehbarkeit zu den gleichen Problemen führt wie die hier vertretene Auffassung im Bereich der Rechtswidrigkeit<sup>3</sup>, ist zwar zuzubilligen, daß der reine Standpunkt ex ante "schwerwiegende Fehlerquellen" in sich birgt<sup>4</sup>, da die Gefahr "als Kind unserer Unwissenheit etwas Subjektives, vom Maße ontologischen Wissens abhängig"<sup>5</sup> ist.

---

1. Dazu siehe unten zu C.

2. ZStW 81,12.

3. So auch Schröder selbst aaO S.14; vgl. auch Albrecht, Versuch S.85 ("gemeinsames Sachproblem") und Schünemann, Grenzen S.242 N.53.

4. So Roxin, F Schr.Honig S.138 f im Anschluß an Spendel, F Schr.Stock S.102 ff.

5. Albrecht, aaO S.12.

Zuzugeben ist auch, daß die "Gefahr" als Zustand, d.h. als Haftungsvoraussetzung bei den konkreten Gefährdungsdelikten ex post beurteilt werden muß<sup>1</sup>.

Soweit es aber die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens, d.h. das Gefahrbringende desselben, betrifft<sup>2</sup>, ist die Berücksichtigung nachträglicher Bedingungen unvereinbar mit der Auffassung von der Rechtswidrigkeit als Pflichtwidrigkeit; denn Pflichten können nicht auf später eintretende Ereignisse gestützt werden<sup>3</sup>: die ex-ante Betrachtung drängt sich schon "aus rechtsstaatlichen Gründen" auf<sup>4</sup>.

bb) Inhalt der Prognose ist jeweils das Problem, ob ein bestimmtes Verhalten unter den gegebenen Umständen geeignet ist, den schädlichen Erfolg herbeizuführen oder nicht, ob das Verhalten also zu einer Gefährdung der geschützten Rechtsgüter führt bzw. zu einer Rettung von gefährdeten Rechtsgütern hätte führen können<sup>5</sup>. Denn "die Haftung für die Rechtsgutsverletzung, so kann man abgekürzt sagen, ist immer vermittelt durch die Haftung für die Gefahr, auf der sie beruht."<sup>6</sup>

- 
1. Vgl. Brehm, Dogmatik S.145, Roxin, ZStW 78,217 und Fschr.Honig S.139, Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.54, E.Horn, Gefährdungsdelikte S.30,31 ff, Samson, Kausalverläufe S.46 f, Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.38, Preuß, Untersuchungen S.116 f und Münzberg, Verhalten S.109, 141; vgl. auch Stratenwerth, Fschr.Gallas S.229 f.
  2. Vgl. E.Horn, aaO S.17 ff und Brehm, aaO S.58 ff je m.N.
  3. Vgl. Münzberg, aaO S.153 f, Burgstaller, aaO S.38 f und Brehm, aaO S.96 ff; siehe auch Jakobs, Studien S.96, Jescheck, Aufbau S.12, Lackner, Gefährdungsdelikt S.18 f und Vogler, Fschr.Heinitz S.314.
  4. Albrecht, aaO S.48; siehe dazu auch Zielinski, Handlungsunwert S.116 ff, 121 ff, 185 ff und Spengel, JZ 73,141; gegen Schröder, ZStW 81,11 ff insoweit auch E.Horn, aaO S.19 f.
  5. Dazu siehe besonders Münzberg, aaO S.163 ff.
  6. Stratenwerth, Fschr.Gallas S.238; vgl. auch Schünemann, aaO S.242.

Es geht dabei im wesentlichen um die Beurteilung zukünftigen menschlichen Verhaltens sowie hypothetischer Kausalverläufe. Hierbei ist das zur Verursachung der schädlichen Erfolge geeignete Verhalten ebenso aufzufinden wie dasjenige, das zur Vermeidung der Gefahr geeignet gewesen wäre<sup>1</sup>, da nur durch eine Gegenüberstellung dieser beiden Verhaltensmöglichkeiten festgestellt werden kann, ob das tatsächliche Verhalten sorgfältig war, ob ein anderes Verhalten möglich war etc.<sup>2</sup>.

Diese Beurteilung der entscheidenden Fragen wird seit Jahrzehnten praktiziert und wirft keine neuen Probleme auf<sup>3</sup>. Bei der Feststellung der "Sorgfalts-pflichtverletzung" im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte, die schon jetzt von der h.M. dem Bereich der Rechtswidrigkeit zugeordnet wird<sup>4</sup>, bei der Bestimmung der Gefahr im Bereich der Versuchslehre<sup>5</sup>,

---

1. So auch Münzberg, aaO S.175.

2. Dazu siehe näher unten zu C.

3. Lediglich die dogmatische Einordnung der Sachprobleme ist umstritten; vgl. auch Roxin, Fsch. Honig S.138 N.14.

4. So schon Exner, Wesen S.193, Engisch, Untersuchungen S.278, Hall, Fahrlässigkeit S.22, Roxin, Täterschaft S.527, H.R.Horn, Untersuchungen S.86, Lampe, Unrecht S.207, Johannes, Täterschaft S.53, Wessels, AT S.122, Jescheck, Aufbau S.8 f, Brehm, aaO S.116, Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.83 ff, E.Horn, aaO S.196, Welzel, Fahrlässigkeit S.12 f, Maihofer, Fsch.Henkel S.78, Niese, Finalität S.61, Seiler, Fsch.Maurach S.79; w.N. bei Münzberg, aaO S.176 ff, Lenckner, Fsch.Engisch S.493 N.12, Burgstaller, aaO S.21 ff und Rutz, SchwZStr.89,360 ff; so jetzt auch Schönke-Schröder-Lenckner, StGB vor §13,55. Die Fahrlässigkeit wird noch vollinhaltlich zur Schuld gezählt von z.B. Roeder, Einhaltung S.94, Rehberg, Lehre S.134 ff, Oehler, Zweckmoment S.57, Schmidhäuser, AT S.428 ff, Langer, Sonderverbrechen S.356 ff; w.N. bei Frisch, aaO S.54 f.

5. Dazu z.B. Albrecht, aaO S.11 ff, Rudolphi, JuS 73,2ff.



bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Ausführungshandlung sowie bei der Diskussion der Adäquanztheorie<sup>1</sup>, die zwar im Gewande einer Kausalitätslehre auftritt, jedoch eine Zurechnungslehre ist, d.h. ihren dogmatischen Standort im Bereich der Rechtswidrigkeitslehre hat<sup>2</sup>: überall kam es bzw. kommt es darauf an, Prognosen aufzustellen mit dem Ziel festzustellen, ob ein bestimmtes Verhalten - ex ante gesehen - geeignet war, zu einer Rechtsgutsverletzung zu führen und ob diese Eignung voraussehbar war<sup>3</sup>.

Da es darauf ankommt, die jeweilige Situation auf ihre gefahrbringenden Faktoren hin zu untersuchen, muß bei sich ändernder Situation für jeden Zeitpunkt der Handlung gesondert geprüft werden, ob die Eignung zur Herbeiführung eines schädlichen Erfolges vorhanden ist<sup>4</sup>.

cc) Da es sich bei der Prognose um ein mit allen Unsicherheitsfaktoren belastetes Möglichkeitsurteil handelt, ist weiter zu fragen, welcher Grad von Wahrscheinlichkeit für den Erfolgseintritt bestehen muß, damit von der "Eignung" bzw. der "Gefahr" gesprochen werden kann.

- 
1. Dazu vor allem Traeger, Kausalbegriff S.159 ff, Rob. v.Hippel, Strafrecht Bd.II S.144 ff und Engisch, Kausalität, S.41 ff.
  2. So zuerst wohl M.L.Müller, Bedeutung S.29 ff; siehe auch Honig, Fgabe Frank Bd.I S.182, Hall, Erinnerungsgabe Grünhut S.223, Krauß, ZStW 76,45, Roxin, F Schr.Honig S.138 N.14 (Theorie der Haftung), Jeschek, AT S.214 und Albrecht, aaO S.13 N.45.
  3. Vgl. Hold-Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd.I S.289, wonach in Wahrheit immer nur der Versuch verboten sei.
  4. Vgl. auch Engisch, Untersuchungen S.293 f, Albrecht, aaO S.94 f und Münzberg, aaO S.185.

Auch diese Problemstellung ist alt, die Fragen gleichwohl bisher nicht restlos geklärt. Einigkeit besteht lediglich insoweit, daß eine ganz entfernte, ungewöhnliche Möglichkeit des Erfolgs nicht ausreicht und daß auf dem anderen Ende der Skala Gewißheit oder eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit nicht verlangt werden darf<sup>1</sup>.

Entscheidend ist zunächst - worauf im Zuge der Diskussion um die Berücksichtigung hypothetischer Kausalfaktoren auch immer wieder hingewiesen wird<sup>2</sup> - daß die ohnehin bestehende Wahrscheinlichkeit des Erfolgsintritts durch das Verhalten des Täters erhöht werden muß<sup>3</sup>.

Auch diese Einschränkung der Eignungsprüfung auf das Problem der "Gefahrerhöhung" führt jedoch noch nicht zu klaren Aussagen über den Grad von Wahrscheinlichkeit, der bestehen muß, damit die Rechtsordnung an dieses Verhalten das Prädikat "rechtswidrig" knüpft.

Dieser Grad der Wahrscheinlichkeit kann aber auch nicht gefunden werden, solange die Untersuchung sich auf tatsächliche Gegebenheiten beschränkt. Es ist nämlich Münzberg zuzustimmen, wenn er ausführt, daß

- 
1. Vgl. auch Engisch, Untersuchungen S.385 und Sauer, Grundlagen S.441; neuerdings wieder Albrecht, aaO S.98 und Langer, Sonderverbrechen S.296 f.
  2. So besonders Roxin, F Schr.Honig S.136 mit dem Prinzip der "Risikoerhöhung"; aber auch schon Traeger, aaO S.126, M.L.Müller, aaO S.37 ff; vgl. auch Jescheck, AT S.215, E.A.Wolff, Kausalität S.17, 23, Schmidhäuser, AT S.265 f, Langer, aaO S.297, Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.58; siehe dazu auch Rudolphi, SK vor §1,58 ff m.w.N. sowie unten Text zu Zif.2.
  3. Vgl. dazu auch Samson, SK vor §32,51, der von einer Rechtfertigung spricht, wenn eine für ein Rechtsgut bestehende Gefahr gegen ein geringeres Risiko "ausgewechselt" werde.

man hier lediglich durch einen Rückgriff auf normative Faktoren zu Ergebnissen gelangt, d.h. daß die Größe des drohenden Schadens, der Wert des betroffenen Gutes, das Interesse des Täters an der betreffenden Handlung etc. mitberücksichtigt werden müssen<sup>1</sup>. Diese Faktoren sind schon dem Bereich der "Interessenabwägung" zuzuordnen, d.h. dem Bereich, in dem die Frage, ob ein Verhalten rechtmäßig oder rechtswidrig ist, endgültig geklärt werden muß<sup>2</sup>.

Der für die endgültige rechtliche Qualifizierung eines Verhaltens als rechtswidrig maßgebliche Wahrscheinlichkeitsgrad kann folglich aus dem Eignungsprinzip selbst nicht abgeleitet werden, sondern ist erst aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung festzulegen<sup>3</sup>; dies dürfte schon im Hinblick auf den "Rechtfertigungsgrund" des "erlaubten Risikos" einleuchten, da unerlaubtes und erlaubtes Risiko in puncto "Eignung" des Verhaltens, d.h. im tatsächlichen Bereich, häufig ununterscheidbar sind<sup>4</sup>.

dd) Problematisch war bei der Frage einer objektiv-nachträglichen Prognose auch immer gewesen, von welchem Standpunkt aus und mit welchem Kenntnisstand und Wissen beurteilt werden soll, ob eine mögliche Handlung unter diesen oder jenen Umständen die erforderliche Erfolgseignung besitzt.

In Betracht kommen dabei u.a. der Standpunkt des

---

1. Münzberg, aaO S.189.

2. Dazu siehe unten Text zu D.

3. So Münzberg, aaO S.190, auch Engisch, Untersuchungen S.288 f; w.N. bei Münzberg, aaO S.190.

4. Vgl. auch Deutsch, Fahrlässigkeit S.118 ff und Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.98.

Handelnden selbst, derjenige des Richters, der des Durchschnittsbürgers, derjenige eines sachverständigen Fachmanns, eines allwissenden Homunculus wie z.B. der "La-Place'sche Weltgeist" und andere mehr<sup>1</sup>.

Welcher Standpunkt im einzelnen der richtige ist, läßt sich jedoch an dieser Stelle nicht entscheiden, da das Eignungsprinzip lediglich besagt, daß ein bestimmtes Verhalten unter bestimmten Umständen auf seine Eignung zur Herbeiführung eines von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolges untersucht werden soll. Auch hier ist Münzberg zu folgen, wenn er ausführt, daß die Eignungsprüfung "die Auswahl der Tatsachen, auf deren Grundlage diese Berechnung stattfindet, schon als geschehen" voraussetzt. "Die zur Auswahl erforderlichen Kriterien lassen sich gar nicht aus dem Begriff der Eignung selbst entwickeln, sondern sie können nur von außen an ihn herangetragen werden. Wo diese Kriterien zu finden sind, verrät der Begriff der Erkennbarkeit selbst."<sup>2</sup>

ee) Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die Eignung festzustellen ist als eine "objektive Tendenz" der Handlung<sup>3</sup>. Diese "objektive Tendenz" der Handlung ist eine in die Zukunft gerichtete, eine "finale" Größe. Dabei ist die Handlung lediglich in ihrer objektiven Finalität zu erfassen, d.h. von der

- 
1. Siehe dazu z.B. Armin Kaufmann, ZfRV 64,49, E.Horn, Gefährdungsdelikte S.51,61, Binavince, Momente S. 64 ff und Zielinski, Handlungsunwert S.185.
  2. Münzberg, aaO S.186.
  3. Vgl. dazu Oehler, Zweckmoment S.70 ff, Krauß, ZStW 76,22 f, Maihofer, Handlungsbegriff S.6 und Sauer, Grundlagen S.284; w.N. bei Münzberg, aaO S.154.

subjektiven Willenssteuerung des Handelnden ist im Bereich der Eignungsprüfung abzusehen<sup>1</sup>. Das ergibt sich daraus, daß Gegenstand der Rechtswidrigkeitsprüfung - entgegen der Ansicht von Welzel<sup>2</sup> - nicht die individuelle Gesinnung des Täters ist, sondern der soziale, objektive Bezug der Handlung auf die von ihr betroffenen Rechtsgüter. Wenn der Sinn einer Norm nämlich darin besteht, Rechtsgüter zu schützen<sup>3</sup>, dann ist Ziel der Bestimmungsnorm nicht primär ein moralisches, d.h. die Erreichung eines bestimmten Geistes- oder Gesinnungszustands, sondern ein sehr materielles, nämlich die Bestimmung des Normunterworfenen zu rechtskonformem äußerlichem Verhalten<sup>4</sup>.

Da es bei der Bewertung eines Verhaltens als rechtswidrig oder rechtmäßig nur auf das äußerliche Verhalten ankommt, ist die subjektive Einstellung eines Handelnden für die Bewertung seines Tuns als rechtswidrig oder rechtmäßig in aller Regel völlig irrelevant<sup>5</sup>.

2. Bevor nunmehr die zweite Stufe der Rechtswidrigkeitsprüfung dargelegt wird, sollen noch in aller Kürze einige Ansichten referiert werden, die mit der hier vertretenen Auffassung im wesentlichen übereinstimmen<sup>6</sup>. Daß der Exkurs an dieser Stelle unternommen

---

1. Vgl. Maihofer, aaO S.6 und Münzberg, aaO S.155.

2. Strafrecht S.2 ff.

3. Siehe dazu oben Teil I Kap.2.

4. Vgl. z.B. H.R.Horn, Untersuchungen S.89 ff, Würtemberger, Situation S.65 und Engisch, Untersuchungen S.63.

5. Zur Rolle der subjektiven Einstellungen im Unrechtssystem siehe unten Teil II Kap.2 C.

6. Gerade in jüngster Zeit mehrten sich wieder die Versuche einer Neubegründung der Zurechnungslehre.

wird, hat seinen Grund darin, daß "Zurechnungslehren"<sup>1</sup> dargestellt werden, die nicht ganz eindeutig zwischen den Stufen "Eignung" und "Können" unterscheiden und folglich beiden Problembereichen zugerechnet werden können.

Nach Honig<sup>2</sup> können Ge- und Verbote sinnvollerweise nur solche Verhaltensweisen fordern, die zu befolgen möglich ist. "Infolgedessen können Gebote die Bewirkung eines dem Gesetzgeber erwünschten, Verbote die Vermeidung eines dem Gesetzgeber unerwünschten Erfolges nur insoweit fordern, als deren Bewirkung bzw. Vermeidung dem in der vom Gesetzgeber vorausgesetzten Situation möglich ist, den er also voraussehen und dann auch bewirken bzw. vermeiden konnte."<sup>3</sup> Das Kriterium der objektiven Zweckhaftigkeit der Handlung, ebenso wie dasjenige der "Beherrschbarkeit durch den menschlichen Willen", die "objektive Bezweckbarkeit" eines Schaden stiftenden Kausalverlaufes hängt nach Honig davon ab, ob der Handelnde eine rechtlich relevante Gefährdung für geschützte Rechtsgüter schuf<sup>4</sup>.

- 
1. Die Ansichten stimmen allerdings über den Begriffsinhalt nicht überein; so benutzt Jescheck, AT S. 207 ff die objektive Zurechnung lediglich als Korrektiv des Kausalitätsprinzips, während Schmidhäuser, AT S.219 ff, Wessels, AT S.38 ff und H.Mayer, AT S.72 ff unter Zurechnung etwas qualitativ anderes verstehen als unter Kausalität; verkannt wird der Begriff der Zurechnung von Gerhardt, Abgrenzung S.22, wo Zurechnung zum "Prinzip der Haftung für fremde Tatbestandsverwirklichung" verengt wird.
  2. Fgabe Frank Bd.I S.187 f.
  3. Honig, aaO S.187 f.
  4. Honig, aaO S.185 ff.

Diesen Ansatz von Honig hat Roxin aufgegriffen und thesenartig eine allgemeine Zurechnungslehre dargestellt, die maßgeblich auf dem Prinzip der "Risikoerhöhung"<sup>1</sup>, der Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos und dem Gedanken der objektiven Bezweckbarkeit beruht<sup>2</sup>. Im Gegensatz zur hier vertretenen Ansicht hält Roxin den mit der "objektiven Bezweckbarkeit" gewonnenen Standpunkt ex ante nicht konsequent durch, was - wie schon ausgeführt<sup>3</sup> - mit der Lehre von der Norm als Bestimmungsnorm nicht vereinbar erscheint. Der Ansatz Roxins ist z.B. von E.A.Wolff<sup>4</sup> und Schaffstein<sup>5</sup> aufgenommen. Beiden Autoren ging es dabei aber - ebenso wie Roxin - primär um die Frage der Haftung für einen eingetretenen Erfolg. Daher ist die Betonung des Problems der Kausalität mit der hier vertretenen Auffassung nicht unvereinbar. Wenn Schaffstein Zweifel hat, ob die Risikoerhöhungslehre de lege lata vertretbar sei, da sie Verletzungsdelikte

- 
1. Zuerst in ZStW 74,411 ff; siehe auch ders., Ffschr. Honig S.133 ff und Ged.schr.Radbruch S.260 ff; vgl. schon früher M.L.Müller, Bedeutung S.27.
  2. Allerdings - wie Roxin selbst betont - neben der Kausalität; dazu siehe schon Honig, Fgabe Frank Bd.I S.178 ff; vgl. auch Schaffstein, Ffschr.Honig S.171 f, Vogler, Ffschr.Heinitz S.304 ff, Samson, Kausalverläufe S.96 ff und Busse, Täterschaft S. 112 N.4.
  3. Vgl. oben S.104 ff.
  4. Kausalität S.20 ff.
  5. Ffschr.Honig S.169 ff; siehe auch Rudolphi, SK vor §1,65 ff, Otto, Ffschr.Maurach S.91 ff und NJW 74,532 ff, ders., ZStW 87,569 ff und Grundkurs S.73 ff und Stratenwerth, Ffschr.Gallas S.227 ff, der jedoch den Maßstab ex post vertritt; auch Stratenwerth will jedoch nicht die Bedingungen der Rechtswidrigkeit einer Handlung, sondern diejenigen der endgültigen Zurechnung eines Erfolges klären (S.229 f); dazu siehe auch Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S. 136 ff und 139 ff.



in Gefährdungsdelikte umstrukturieren<sup>1</sup>, dann kann ihm insoweit nicht gefolgt werden: solange dem Strafbuch nicht eine bestimmte Unrechtsauffassung ganz eindeutig zugrunde liegt, ist in der dogmatischen Diskussion lediglich darauf zu achten, daß sämtliche Voraussetzungen einer Rechtsfolge widerspruchsfrei eingeordnet werden können. Dieser Forderung aber wird die Risikoerhöhungstheorie gerecht: ihr Grundgedanke, daß nur für Risikoerhöhungen gehaftet wird, dürfte zwanglos in jede Unrechtstheorie einzubauen sein<sup>2</sup>. Der Unterschied zwischen der Risikoerhöhungslehre und der hier vertretenen Ansicht liegt letztlich darin, daß hier die Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Handlung, dort aber diejenige der Tatbestandsmäßigkeit im Vordergrund steht, daß hier der Standpunkt ex ante, dort derjenige ex post für maßgeblich gehalten wird. Übereinstimmung besteht dagegen insoweit, als die Haftung für die Rechtsgutsverletzung geknüpft wird an die Haftung für die Gefahr, die sich in der Rechtsgutsverletzung realisiert<sup>3</sup>.

- 
1. Ffschr. Honig S.173; im Anschluß an diesen ebenso Samson, Kausalverläufe S.157 und SK, Anhang zu §16,27 sowie Jakobs, Studien S.96 N.185; dagegen Stratenwerth, Ffschr. Gallas S.236 ff.
  2. Gegen diese Lehre aber auch Samson, Ffschr. Welzel S.593 N.68 mit der Begründung, diese Theorie könne keinen Maßstab angeben, nach welchem zu entscheiden sei, welche Faktoren bei dem Prognoseurteil zu berücksichtigen sind und welche nicht. Daß dieser Standpunkt so allgemein unrichtig ist, wird dazulegen sein; dazu unten Text zu C. Daß es Grenzfragen gibt, dürfte allein nicht ausreichen, die Risikoerhöhungslehre abzulehnen, da es derartige Probleme in jeder Theorie gibt: der "Schmerz der Grenze" ist für jede Theorie unvermeidbar; so Schünemann, GA 74,240 f.
  3. So Stratenwerth, aaO S.238, Otto, JuS 74,704 und Grundkurs S.74 sowie Rudolphi, SK vor §1,70.

Schon vor Roxin hatte Hardwig den Versuch unternommen, eine Zurechnungslehre an die Stelle der traditionellen Unrechtslehre zu setzen, weil das Kausaldogma, welches die Grundlage des klassischen Systems bilde, in vielen Fällen versage<sup>1</sup>. Auch Hardwig geht dabei von dem Begriff der Rechtspflicht - im Gegensatz zu demjenigen der Erfolgsverursachung - als Grundprinzip aus und kommt über die Begriffe der "Steuerbarkeit" und der "Herrschaftsmöglichkeit" zu einem Ergebnis, das der hier vertretenen Ansicht sehr ähnlich ist: ein Erfolg kann dann zugerechnet werden, wenn die Rechtsordnung eine Rechtspflicht aufgestellt hatte, nach welcher dieser Täter in der konkreten Situation den Erfolg vermeiden mußte<sup>2</sup>. Auch Hardwig ging es aber weniger um die Bestimmung der Kriterien für die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens als um die "endgültige" Zurechnung eines Verhaltens, d.h. um die Klärung der Frage, wann jemand für die Vornahme einer strafbaren Handlung zur Verantwortung gezogen werden kann. In Ausrichtung auf dieses Ziel bemühte sich Hardwig weniger um die spezifischen Kriterien der Rechtswidrigkeit einer Handlung als um eine Gesamtdarstellung.

Stärker als bei Hardwig sind die "Stationen" der "Eignung" und des "Könnens" bei seinem Schüler Kahrs<sup>3</sup> ausgeprägt, der die "Vermeidbarkeit" eines Erfolges zum zentralen Zurechnungskriterium erhebt. Abgesehen

---

1. Hardwig, Zurechnung S.75 ff, 90 ff und 175 ff.

2. aaO S.125 und 127.

3. Vermeidbarkeitsprinzip S.33 ff; Kahrs grundsätzlich zustimmend Herzberg, Unterlassung S.171 ff; zur "Vermeidbarkeit" siehe auch Jakobs, Studien S.34 ff, 48 ff und F Schr.Welzel S.314 ff.

aber davon, daß sich Kahrs in seiner Argumentation häufiger allein von Billigkeitserwägungen leiten läßt<sup>1</sup>, kann seine Theorie hier schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil es ihm ausschließlich um die Frage der Haftung für einen tatsächlich eingetretenen Erfolg geht, genauer gesagt um die viel diskutierte Frage, ob "hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht"<sup>2</sup> berücksichtigt werden können. Er bemühte sich daher gar nicht, den Kriterien der Rechtswidrigkeit einer Handlung genauer nachzugehen; daß auch er die Probleme z.B. der Interessenabwägung und des Gebotenseins der Handlung implicit mitbehandelt hat, geschah infolgedessen nicht aus einem besonderen systematischen Interesse an der Struktur der Rechtswidrigkeit, sondern um spezielle Fragen der Haftung für rechtswidriges Verhalten abzuklären.

Jüngstens hat auch Samson die hier angesprochenen Probleme einer Prüfung unterzogen. Nach einer kritischen Würdigung der bisherigen Lösungsvorschläge führt er das "Intensivierungsprinzip"<sup>3</sup> ein: es wird der tatsächlich eingetretene Erfolg mit der Situation verglichen, die eingetreten wäre, wenn der Täter nicht gehandelt hätte. Zurechenbar sind dann diejenigen

- 
1. Z.B. S.77: "man müsse die Entlastung des Täters für sittenwidrig und unerträglich halten", S.78, 87, 90 und 94: "auf Billigkeit beruhende Ermessensentscheidung". Es ist allerdings zuzugeben, daß jede Dogmatik die Abwägung der maßgeblichen Interessen (dazu unten Text zu D) vornehmen muß. Bei Kahrs erscheinen diese Erwägungen jedoch teilweise stärker ausgeprägt zu sein als erforderlich.
  2. So der Titel der Arbeit von Samson; zu diesem Problemkreis siehe auch unten Text zu C 2 d.
  3. Kausalverläufe S.96 ff.

Erfolge, deren Eintritt durch die Handlung beschleunigt wurden, die also nicht schon nach der ohnehin angelegten Kausalkette zu der gleichen Zeit und mit gleicher Intensität eingetreten wären<sup>1</sup>. Auch bei Samson beruht die Zurechnung eines Verhaltens also auf einem Vergleich von zwei Situationen, einer "Relation". Während hier aber ein potentielles Verhalten mit dem gesollten Handeln, d.h. zwei zukünftige Verhaltensmöglichkeiten aus der Sicht ex ante verglichen werden<sup>2</sup>, knüpft Samson an die äquivalente Kausalität des Verhaltens an<sup>3</sup> und vergleicht den tatsächlich eingetretenen Erfolg mit der Lage, die ohne das Verhalten des Täters entstanden sein würde. Dieses Verfahren ist jedoch - soweit es sich um die Prüfung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens handelt - nicht zulässig, da die Frage der Rechtswidrigkeit der Handlung im Augenblick des Verhaltens schon geklärt sein muß<sup>4</sup>. Obwohl Samson weniger an diesem Problem als an demjenigen der Haftung für eingetretene Erfolge interessiert ist, hätte er gleichwohl zunächst die Frage stellen müssen, ob eine bestimmte Handlung ex ante gesehen zu einer "intensivierten Rechtsgutsgefährdung" führt bzw. führen kann, da erst durch die Antwort auf diese Frage das Problem der Haftung für das Verhalten vorentschieden wird.

Dieser kurze und notwendigerweise oberflächliche

---

1. aaO S.98 ff.

2. Siehe dazu oben z.B. S.49 f und 99 f.

3. aaO S.96 ff; kritisch zu Samsons Lösungsversuchen z.B. Stratenwerth, ZStW 87, 940 ff.

4. Siehe oben S.45 ff und 95 ff.

Exkurs auf einige der neuerdings vertretenen Ansichten<sup>1</sup> hat zumindest eines deutlich werden lassen: die Sachprobleme sind in jeder Theorie dieselben, unterschiedliche Auffassungen gibt es lediglich darüber, wo diese Sachfragen dogmatisch eingeordnet werden müssen. Jede Ansicht muß an irgendeiner Stelle des Verbrechensaufbaus zwei Kausalverläufe miteinander vergleichen. Ob Roxin dann eine "Risikoerhöhung" feststellt, Kahrs die "Vermeidbarkeit des Erfolges" bzw. das "Vermeiden-Können des Täters", Samson die "Intensivierung" der Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung oder aber - wie die herkömmliche Lehre es in den kritischen Fällen tut - auf die fehlende Kausalität abstellt<sup>2</sup>: jedesmal muß der Beurteiler die gleiche Arbeit leisten. Auch die Begriffe "Beherrschbarkeit von Kausalabläufen", "sinnbezogenes Ergreifen einer offenstehenden Möglichkeit", "finale Tatherrschaft", "Gefahr", "objektive Bezweckbarkeit" und "objektive Tendenz", um nur einige der zur Zeit gebräuchlichen Begriffe aufzuführen, führen letztlich zu denselben Problemen wie derjenige der "Eignung", nämlich zu dem Erfordernis einer Prognose darüber, ob ein "Geschehensablauf bei objektiver Beurteilung als vom Willen des Täters beherrscht gedacht werden kann."<sup>3</sup>

- 
1. So bestimmte z.B. schon M.L.Müller, Bedeutung S. 25 ff den Inhalt der Bestimmungsnorm als Verbot, adäquate Bedingungen für den Erfolgseintritt zu setzen; vgl. dazu auch Sauer, Strafrechtslehre S.84 f, Krauß, ZStW 76,43, H.R.Horn, Untersuchungen S.61 ff, Stöger, Versuch S.46 ff und Münzberg, Verh. halten S.64 ff je m.w.N.
  2. Siehe z.B. Engisch, Untersuchungen S.74 f, 150 ff.
  3. Krauß, ZStW 76,46; zustimmend Münzberg, aaO S.161 N.319.

Jeweils geht es insoweit darum, Kausalverläufe zu vergleichen und zu beurteilen, ob ein bestimmter Kausalablauf - ex ante gesehen - einem bestimmten Täter zugerechnet werden kann, also um Probleme, die auch die traditionelle Unrechtslehre zu bewältigen hatte, wenn diese Sachfragen von dieser Auffassung aus auch erst im Schuldbereich z.B. unter dem Stichwort "Vorhersehbarkeit" diskutiert wurden.

## C Das Prinzip des "Könnens"

Es wurde schon dargelegt, daß die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens in dessen Pflichtwidrigkeit besteht, d.h. in der Abweichung des tatsächlichen vom gesollten Verhalten<sup>1</sup>.

Pflichtwidrig kann das tatsächliche Verhalten jedoch nur dann sein, wenn überhaupt ein anderes Verhalten in der konkreten Situation möglich war, weshalb (unvermeidbare) Körperreflexe, "Automatismen" etc. von vornherein aus dem Bereich rechtswidriger Verhaltensweisen ausscheiden<sup>2</sup>. Diese Verhaltensweisen werden in der Regel schon beim Handlungsbegriff, der nach weitverbreiteter Ansicht sogar lediglich den Zweck hat, Nichthandlungen auszuschneiden<sup>3</sup>, eliminiert<sup>4</sup>.

1. Siehe dazu oben S.49 f.
2. Vgl. v.Weber, F Schr.Engisch S.332 ff und insbesondere Schewe, Reflexbewegung S.27 ff, aber auch schon Ambrosius, Untersuchungen S.74; wie aktuell dieses Problem ist, zeigen die sich mit Schewes Untersuchungen auseinandersetzenden Studien von Stratenwerth, F Schr.Welzel S.294 ff, 299 ff, Jakobs, Studien S.76 ff und F Schr.Welzel S.310 ff sowie Krümpelmann, F Schr.Welzel S.327 ff.
3. So z.B. Roxin, ZStW 74,548, Preuß, Untersuchungen S.75, Blei, AT S.56, Krauß, ZStW 76,19, v.Bubnoff, Entwicklung S.154, Lampe, Unrecht S.11; ausführlich dazu Schönke-Schröder-Lenckner, StGB vor §13,39 ff sowie Otter, Funktionen S.43 je m.w.N.; daß die verschiedenen Handlungsbegriffe nicht einmal diese Funktion erfolgreich erfüllen, betont Herzberg, Unterlassung S.182 N.19 unter Bezugnahme auf Noll, GA 70,180 f; siehe auch v.Weber, aaO S.332 ff und Maiwald, ZStW 86,636 m.w.N.
4. Siehe z.B. Otter, aaO S.140: "communis opinio"; dagegen aber Herzberg, aaO S.179 ff.



Zutreffend ist dagegen jedoch betont worden, daß die aus den verschiedenen Handlungsbegriffen sich ergebenden Konsequenzen letztlich Konsequenzen einer "vorausgewählten" Unrechtsauffassung seien<sup>1</sup>. Wenn daher "Nichthandlungen" aus dem Bereich rechtswidrigen Verhaltens auszuscheiden haben, dann deshalb, weil die Rechtsordnung nichts verlangt, dessen Erfüllung absolut unmöglich ist. Denn schon als "sprachliches Gebilde" ist der Satz "Du sollst" nur dann sinnvoll, wenn das gesollte Verhalten dem Angesprochenen möglich ist<sup>2</sup>. "Ein Sollen ohne jede Rücksicht auf das Können ist sinnlos"<sup>3</sup>, ist Ausdruck "einer grausamen Tyrannei."<sup>4</sup> Folglich kann ein Verhalten nur dann rechtswidrig sein, wenn das gesollte Tun möglich ist, wobei der Grad der notwendigen Rücksichtnahme noch zu klären sein wird<sup>5</sup>.

Die Bedeutung dieser Möglichkeit normgemäßen Verhaltens ist - abgesehen von der Diskussion um das

- 
1. So z.B. Krauß, ZStW 76, 52, Maihofer, Fschr.Eb. Schmidt S.187, v.Bubnoff, aaO S.149 ff und 154 ff, Noll, GA 70, 179, Roxin, Ged.schr. Radbruch S. 263 ff und ZStW 74, 515 ff, Philipps, Handlungsspielraum S.96 N.123, E.A.Wolff, Handlungsbegriff S.20 ff, Jescheck, AT S.160, Münzberg, Verhalten S.198 ff, Engisch, Fschr.Welzel S.358 ff, Montes, Fschr.Welzel S.380 und Armin Kaufmann, Fschr.Welzel S.395; vgl. auch Maiwald, ZStW 86, 634, 651, Schewe, aaO S.68 ff; a.A. aber z.B. Otter, aaO S.196 f; vgl. auch Binavince, Momente S.11 ff und Fluri, Lehre S.4 ff; zu dem "negativen Handlungsbegriff" Herzbergs siehe oben S.82 f m.w.N.
  2. Münzberg, aaO S.191; Hardwig, MschrKrim 74, 293; vgl. auch Otto, ZStW 87, 563 f.
  3. Münzberg, aaO S.192; vgl. auch Maiwald, ZStW 78, 43 ff, Sauer, Grundlagen S.425, Baumann, JZ 62, 47, Schünemann, Grenzen S.20 und Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.37.
  4. Hardwig, Zurechnung S.167.
  5. Siehe unten zu Zif.2 a.

Andershandelnkönnen im Sinn der Willensfreiheit - zunächst im Bereich der Unterlassungsdelikte erfaßt worden<sup>1</sup>, was Schmidhäuser wie folgt erklärt: "Während beim Begehungsdelikt die gebotene Unterlassung jedermann ohne Rücksicht auf seine Fähigkeiten möglich ist, hängt beim Unterlassungsdelikt das Gebotensein der Handlung notwendig davon ab, was der als Täter in Betracht kommende zu leisten vermag."<sup>2</sup> Aber auch bei den Begehungsdelikten spielt die Möglichkeit normgemäßen Verhaltens eine Rolle, wobei naturgemäß die Fahrlässigkeitsdelikte im Vordergrund stehen, da jeder vorsätzliches verbotenes Tun unterlassen kann<sup>3</sup>.

Bei dem hier angesprochenen Prinzip des "Könnens" ist erneut gemäß der schon in der Darstellung des Eignungsprinzips angewendeten Systematik zu unterscheiden:

1. Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten ergeben sich für das "Können" des Täters wohl nur selten Probleme, die nicht schon herkömmlicherweise zufriedenstellend, und zwar im Bereich des Handlungsbegriffs, gelöst wurden: außer in den Fällen, in denen jemand z.B.

---

1. Dabei ist die systematische Einordnung der Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens nach wie vor umstritten. Während die h.M. dabei schon das Vorliegen einer tatbestandlichen Unterlassung verneint (so z.B. Roxin, ZStW 80,701 f, Schünemann, aaO S.30 f, Herzberg, Unterlassung S.199, Jescheck, AT S.466 f, Maihofer, aaO S.174 ff und Engisch, F Schr.Gallas S.163 ff; so auch schon Nagler, GS 111,70), nimmt Baumann, AT S.242 einen Rechtfertigungsgrund und v.Weber, Grundriß S.122 f gar einen Entschuldigungsgrund an, was jedoch zu völlig untragbaren Ergebnissen führt.

2. AT S.678; so auch Armin Kaufmann, ZfRV 64,47.

3. Vgl. Herzberg, aaO S.181 und Münzberg, aaO S.195 N.390.

infolge unwiderstehlichen Zwanges oder infolge körperlicher Mängel nicht anders handeln kann, in denen eine vermeidbare eigene Handlung also schon nicht vorliegt<sup>1</sup>, ist es kaum denkbar, daß eine gewollte, verbotene Tätigkeit nicht hätte unterlassen werden können.

Bei den schlichten Unterlassungsdelikten liegt die Problematik zwar insofern ähnlich als schon die Nichtvornahme der geforderten Tätigkeit dem Eignungsprinzip genügt; in einer Unterlassungstat vorausgegangen Situation wird aber von dem Normverpflichteten nicht ein Unterlassen, sondern ein Tätigwerden, d.h. eine Leistung gefordert. Da hier die Frage der Leistungsfähigkeit angesprochen ist, könnte hier eine andere Lösung angezeigt sein. Das Problem soll jedoch, da es für diese Untersuchung nicht thematisch ist und weit in die Eigenart der Unterlassungsdelikte hineinreicht, nicht weiter vertieft werden.

2. Bei den Erfolgsdelikten - und zwar sowohl bei Begehungs- als auch bei Unterlassungsdelikten - ist das erste Kriterium der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens in dessen Eignung zur Herbeiführung bzw. Verhinderung eines schädlichen, von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolges gesehen worden. Es war dabei schon herausgestellt worden, daß die Rechtspflicht ex ante bestimmt werden muß und daß diese Rechtspflicht

---

1. Hier kann es zu schwierigen "Notwehr"-Problemen kommen; vgl. zu der ähnlichen Situation beim Notstand Herzberg, Täterschaft S.33 und 65 ff: Notwehr nur gegen den Hintermann.

beinhaltet, daß gewisse, in den Tatbeständen näher umschriebene Erfolge zu vermeiden sind<sup>1</sup>.

Versucht man, den Inhalt dieser im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte allgemein als "Sorgfaltspflicht" bezeichnete<sup>2</sup> Rechtspflichten unter dem Bezugspunkt des Könnens zu konkretisieren, dann wird ersichtlich, daß es sich um ein "zukünftiges, wahrscheinliches, nicht um ein tatsächliches Können handeln" muß<sup>3</sup>.

Das für das Sollen maßgebliche Können kann nichts anderes sein, als ein von der Rechtsordnung erwartetes Können, d.h. auch hier kommt es auf eine Prognose an, in die die Fähigkeiten und Möglichkeiten des Handlungssubjekts einzubeziehen sind. Denn die Rechtspflicht wird begrenzt durch die Möglichkeit einer Einflußnahme des Handelnden auf den zur Herbeiführung des Erfolges geeigneten Kausalverlaufs<sup>4</sup>.

Die in eine Prognose über diese Möglichkeit - das Können des Täters - einzubeziehenden Fähigkeiten

---

1. Siehe oben S.103 ff.

2. So z.B. Engisch, Untersuchungen S.365 ff, Jescheck, Aufbau S.10, Rehberg, Lehre S.103, Binavince, Momente S.57 ff und Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.37 ff; zutreffend betont aber Schmidhäuser, Fshr. Schaffstein S.131 ff, daß der Begriff der "Sorgfaltspflichtverletzung" eigentlich unnötig ist; ebenso z.B. Schroeder, LK §59,176 ff. Bei der Festlegung der Sorgfaltspflicht werden zum Teil schon sämtliche rechtfertigenden Merkmale mitberücksichtigt: siehe z.B. Engisch, aaO S.327, Kienapfel, Risiko S.7, Rehberg, aaO S.117, Roeder, Einhaltung S.52, Frisch, aaO S.85, Armin Kaufmann, ZfRV 64,51 und Stratenwerth, AT Rn.1112. Das ist sicherlich unschädlich, jedoch sollte nicht übersehen werden, daß - genau genommen - auch bei den Fahrlässigkeitsdelikten die Station "Güterabwägung" zu durchlaufen ist.

3. Münzberg, Verhalten S.203.

4. Vgl. Münzberg, aaO S.192 und Maiwald, ZStW 78,43 ff.

des Handelnden können im Anschluß an Münzberg eingeteilt werden in  
die Fähigkeit, einen Kausalablauf vorauszuberechnen,  
die Fähigkeit, das beabsichtigte Verhalten als verboten oder geboten zu erkennen,  
die Fähigkeit, das als richtig erkannte Verhalten auch zu wollen sowie  
die Fähigkeit, das als richtig erkannte und gewollte Verhalten auch auszuführen<sup>1</sup>.

Diese Fähigkeiten sind jedoch unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem ob ein subjektiver, d.h. individueller, auf den konkreten Täter abstellender oder aber ein objektiver, d.h. genereller Maßstab an das Können angelegt wird. Dieses Problem gilt es daher zunächst zu erörtern.

a.) Wird ein subjektiver Maßstab gefordert, dann kommt es nicht nur für die Vorhersagbarkeit des Erfolges, sondern für alle oben aufgeführten Fähigkeiten allein auf das individuelle, subjektive Vermögen des Handelnden an. Dieser Ansicht sind z.B. Schmidhäuser<sup>2</sup>, Stratenwerth<sup>3</sup>, Jakobs<sup>4</sup>, Otto<sup>5</sup> und Baumann<sup>6</sup>.

Aus unserer Betrachtung können alle Stellungnahmen bis auf diejenigen von Otto, Stratenwerth und Jakobs

---

1. aaO S.193 ff; vgl. auch Kraushaar, GA 65,21 ff, Deutsch Fahrlässigkeit S.97, 144 und Frisch, aaO S.57 ff; siehe auch Binavince, Die vier Momente der Fahrlässigkeit.

2. AT S.440 ff.

3. AT Rn.1097 und ZStW 87,959 f.

4. Studien S.69.

5. Pflichtenkollisionen S.33 f, Fschr.Maurach S.93 N.10, JuS 74,707 und Grundkurs S.172 ff.

6. AT S.456; w.N. bei Frisch, aaO S.54 N.1 und S.61.

ausscheiden. Alle übrigen, einen subjektiven Maßstab befürwortenden Autoren ordnen nämlich die Sorgfaltpflichtverletzung dem Schuldbereich zu<sup>1</sup>. Daß sich in diesem Bereich eine auf das konkrete Subjekt abstellende Betrachtungsweise nicht nur empfiehlt, sondern unter Schuldgesichtspunkten auch die allein richtige ist, dürfte ohne weiteres einleuchten. So ist auch die Diskussion um einen objektiven oder subjektiven Maßstab zur Feststellung der Fahrlässigkeit früher im Bereich der Schuld geführt worden<sup>2</sup>. Daß die subjektive Sorgfalt im Bereich der Schuld relevant ist, entspricht denn auch der ganz herrschenden Ansicht<sup>3</sup>.

Uns geht es an dieser Stelle jedoch nicht um die endgültige subjektive Verengung im Bereich der Schuldprüfung, sondern um die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit einer Handlung. In diesem Bereich muß aber noch nicht notwendigerweise auf das Individuum abgestellt werden<sup>4</sup>.

Ein auf die Fähigkeiten des konkreten, in Frage stehenden Täters abstellender Maßstab ist immer

- 
1. Auch einige der Autoren, die die Fahrlässigkeit dem Schuldbereich zuordnen, gelangen jedoch schon im Unrechtsbereich zu den auch hier erzielten Ergebnissen, weil sie zur Feststellung der Kausalität an Stelle der Äquivalenztheorie die Adäquanz- oder die Relevanztheorie anwenden, mit deren Hilfe der Zurechnungsbereich von vornherein eingeengt werden kann; vgl. dazu Engisch, Untersuchungen S.284 und Frisch, aaO S.63 f. Ähnliches gilt für das von Oehler, Zweckmoment S.71 ff postulierte Erfordernis der "objektiven Bezweckbarkeit".
  2. Dazu siehe Engisch, aaO S.418 ff und Deutsch, aaO S.22 ff je m.w.N.
  3. So zuletzt wieder Schünemann, Fschr.Schaffstein S.169 f; w.N. bei Schöнке-Schröder-Cramer, StGB §15,119.
  4. Vgl. auch Müller-Dietz, Grenzen S.50 ff, 62 ff, Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.184 und Schmidhäuser, Fschr.Schaffstein S.141 m.w.N.

wieder u.a. mit Hinweis darauf gefordert worden, daß derjenige, der über überdurchschnittliche Fähigkeiten verfüge, durch einen objektiven und damit generalisierenden Maßstab privilegiert werde, da er nur durchschnittliche Pflichten tragen würde<sup>1</sup>.

Dieses Argument überzeugt jedoch nicht<sup>2</sup>: bei der Festlegung eines wie immer gearteten Maßstabes, nach welchem die Vorausssehbarkeit eines Erfolgs für die Maßstabsperson beurteilt werden soll, handelt es sich darum festzustellen, mit welchen Fähigkeiten und mit welchem Tatsachenwissen die Beurteilungsperson ausgestattet werden darf. Sowohl der subjektive als auch der objektive Maßstab sollen also lediglich die Voraussetzungen der jeweiligen Sorgfaltspflicht näher konkretisieren, indem sie bestimmen, welche Fähigkeiten und Kenntnisse der in der Situation stehende Täter einsetzen kann bzw. können muß, um den schädlichen, im Tatbestand umschriebenen Erfolg zu vermeiden. Zu diesen vom Täter einsetzbaren und daher einzusetzenden Kräften gehören aber doch mindestens diejenigen, die er wirklich hat<sup>3</sup>.

Die Norm selbst und die sich daraus ergebende Verhaltenspflicht bestimmen nämlich das Maß der erforderlichen Sorgfalt<sup>4</sup>, wobei es anerkannt ist, daß die

1. So z.B. Stratenwerth, AT Rn.1096, Jakobs, Studien S.55 und Samson, SK Anhang zu §16,13; siehe aber schon Exner, Wesen S.198 f und Frisch, aaO S.78 ff.
2. a.A. aber z.B. Frisch, aaO S.80 f.
3. So Münzberg, Verhalten S.231; vgl. auch Deutsch, Fahrlässigkeit S.128, Oehler, aaO S.71 ff, Rehberg, Lehre S.195, Binavince, Momente S.131; a.A. aber z.B. Frisch, aaO S.80 f, Burgstaller, aaO S.66 und Roeder, Einhaltung S.54 f; gegen Münzberg, im Ergebnis aber übereinstimmend Brehm, Dogmatik S.128.
4. Brehm, aaO S.128 f und Binavince, aaO S.131.



Einhaltung von Erfahrungssätzen und Verhaltensrichtlinien lediglich ein Indiz dafür ist, daß sorgfältig gehandelt wurde, nicht aber schon bedeutet, daß eine Sorgfaltspflichtverletzung ausgeschlossen ist<sup>1</sup>. Für die Entscheidung, ob die erforderliche Sorgfalt angewandt wurde, ist folglich zu prüfen, ob der Erfolg in der bestimmten Situation vermeidbar war. Das ist aber jedenfalls dann zu bejahen, wenn der konkrete Täter - und sei es auch nur aufgrund seines Sonderwissens - zur Vermeidung in der Lage war<sup>2</sup>.

Stärker ins Gewicht fällt möglicherweise ein anderes für den subjektiven Maßstab ins Feld geführtes Argument: bei Anwendung eines objektiven Maßstabs werde ein besonders Unbegabter nicht seinen Fähigkeiten entsprechend behandelt<sup>3</sup>; entsprechend der Situation im Fall der Unterlassungsdelikte könne vom jeweils in Frage stehenden Täter nicht mehr verlangt werden, als zu leisten er imstande ist; das Gebot gehe nur dahin, das Mögliche zu tun<sup>4</sup>.

In der Tat hat der subjektive Maßstab den Vorzug, daß er den Widerspruch vermeidet, daß rechtswidrig zwar

- 
1. So schon Exner, aaO S.204, Engisch, Untersuchungen S.360 ff; neuerdings wieder z.B. Brehm, aaO S.131, Jakobs, aaO S.63 und Lenckner, Fschr.Engisch S.502 ff m.w.N.
  2. Die Notwendigkeit der Zurechnung besonderer Tatsachenkenntnisse dürfte der h.M. entsprechen; vgl. Burgstaller, aaO S.65 f m.w.N. sowie Schünemann, Fschr.Schaffstein S.166.
  3. Stratenwerth, AT Rn.1095 f; daß mit Hilfe des sog. "Übernahmeverschuldens" schon eine Vielzahl von Fällen zufriedenstellend lösbar ist, führt Münzberg, aaO S.218 ff aus; zustimmend Schünemann, Fschr. Schaffstein S.166 f und Otto, Grundkurs S.173; dagegen aber Armin Kaufmann, Fschr.Welzel S.405 ff.
  4. Stratenwerth, AT Rn.1165; gegen diesen zutreffend Schmidhäuser, Fschr.Schaffstein S.150 ff.

nicht sein soll, "was niemand vermeiden konnte, wohl aber das, was der Täter nach seinen konkreten Fähigkeiten nicht vermeiden konnte"<sup>1</sup>, indem er den Handelnden nicht zu Verhaltensweisen verpflichtet, die zwar anderen Personen, nicht aber dem Täter selbst möglich sind, indem er also nur das je eigene Können des Täters für die Begrenzung des Inhalts der Rechtspflicht maßgeblich sein läßt. Gerade an diesem Punkt zeigen sich jedoch auch die Schwächen dieses Maßstabs. Mit dem Argument, "die Wirksamkeit des Rechts endet an den Grenzen des Intellekts der ihm Unterworfenen"<sup>2</sup> befindet sich Jakobs nahe an, wenn nicht schon in der "Sackgasse, in die sich die Unrechtslehre mit der Imperativentheorie verrannt hatte"<sup>3</sup>, denn "im Ergebnis verweist Jakobs den Normadressaten auf die Selbstableitung der konkreten Handlungsnorm, wobei die individuell erkennbare Norm zugleich allein rechtlich verbindlich sei."<sup>4</sup>

Bei konsequenter Anwendung des subjektiven Maßstabs könnte folglich der Zurechnungsunfähige, aber auch schon der lediglich völlig Unwissende nicht rechtswidrig handeln, da er ein "Erfolgsvermeidemotiv"<sup>5</sup>

- 
1. Hardwig, Zurechnung S.124.
  2. Jakobs, Studien S.68; vgl. neuerdings wieder Jakobs, F Schr. Welzel S.307 ff; dabei argumentiert Jakobs aber von anderen normlogischen Voraussetzungen aus als die traditionelle Lehre; vgl. Studien S.1 ff.
  3. Maihofer, F Schr. Eb. Schmidt S.168; auf die Verwandtschaft der Lehre von Jakobs mit der Imperativentheorie machen auch Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.82, Schünemann, F Schr. Schaffstein S.160 N.11 und Schmidhäuser, F Schr. Schaffstein S.152 N.70 aufmerksam.
  4. Zielinski, Handlungsunwert S.110 N.78 sowie S. 154 N.14 und S.170.
  5. Jakobs, aaO S.68 und F Schr. Welzel S.308 f; dagegen Schünemann, aaO S.163 ff.

aufgrund seiner individuellen Unzulänglichkeit einfach nicht aufbringen kann<sup>1</sup>. Diese Konsequenz steht aber eindeutig im Widerspruch zu der Auffassung des Gesetzes, wonach auch Schuldunfähige rechtswidrig handeln können<sup>2</sup>.

Gegen den subjektiven Maßstab spricht somit schon die von Jakobs mit dem Argument, eine der Schuld vorangehende Objektivierung im Unrechtsbereich sei funktionslos<sup>3</sup>, vertretene unannehmbare Konsequenz, daß die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld damit erneut fragwürdig werden würde<sup>4</sup>: "ein praktisch wie theoretisch unbrauchbares Ergebnis."<sup>5</sup>

Nicht unbedingt stichhaltig ist demgegenüber der Einwand von Mannheim gegen den subjektiven Maßstab, daß das Messen nach eigenem Maß entweder willkürlich oder logisch unmöglich sei<sup>6</sup>

- 
1. Gegen die Begründung der Rechtspflicht auf der Motivationsfähigkeit des Handelnden neuerdings wieder Armin Kaufmann, Ftschr. Welzel S. 396 N. 4; vgl. auch Münzberg, Verhalten S. 209 ff., der zutreffend darauf hinweist, daß zumindest die Fähigkeit zur Vornahme der richtigen Wertung sowie diejenige zur erkenntnisgemäßen Willensbildung auch bei Anwendung eines subjektiven Maßstabs in den Bereich der Schuld zu verweisen sind; vgl. auch Rudolphi, Unrechtsbewußtsein S. 42. Daß Jakobs schon die Rechtswidrigkeit und nicht erst die Vorwerfbarkeit desselben verneint, ist auch der Hauptpunkt der Kritik von Armin Kaufmann, aaO S. 407 f. am subjektiven Maßstab.
  2. Siehe dazu auch Schünemann, Ftschr. Schaffstein S. 169.
  3. Studien S. 69; siehe auch Roeder, Einhaltung S. 98 ff.; vgl. dazu Münzberg, aaO S. 207 ff., 218 ff.
  4. Ähnlich aber auch Hardwig, ZStW 68, 31 N. 25 und Zurechnung S. 167 sowie Welzels erstes Konzept der Fahrlässigkeit in ZStW 58, 56.
  5. Zielinski, aaO S. 171.
  6. Maßstab S. 41; siehe auch Deutsch, Fahrlässigkeit S. 115 f., Oehler, Zweckmoment S. 117, Engisch, Untersuchungen S. 118 f., 436 f. und Münzberg, aaO S. 222.

Im Bereich der Schuldprüfung wird seit je ein subjektiver Maßstab angelegt, ohne daß unüberwindbare Schwierigkeiten feststellbar gewesen wären, wobei man sich allerdings auch nicht scheute, dieses subjektive Können im Wege der Fiktion zu unterstellen<sup>1</sup>. Gerade in diesem Punkt liegt jedoch das eigentliche Problem:

Die Frage, ob jemand schuldhaft gehandelt hat oder nicht, ist lediglich für die Frage relevant, ob er für seine Tat im strafrechtlichen Sinn "haften" muß oder nicht. Andere Auswirkungen können sich daraus nicht ergeben<sup>2</sup>. Aus diesem Grund ist es auch vollkommen ausreichend, wenn - im Zweifelsfall - ein Sachverständiger vor bzw. in der Hauptverhandlung aufgrund längerer Explorationen unter Zugrundelegung des subjektiven Maßstabs feststellt, ob der Täter das erforderliche Können hatte, ob er also schuldhaft gehandelt hat. Ex post ist diese Feststellung auch leichter zu treffen als ex ante, weil gerade auch der Tatverlauf selbst Schlüsse auf die innere Situation und damit auf das Können des Handelnden zuläßt.

Bei der Beurteilung eines Handelns als rechtswidrig ist dieser späte Zeitpunkt und diese aufwendige Überprüfung des Könnens des jeweils Handelnden jedoch fehl am Platze: "Das Recht wendet sich an alle. Diese allgemeine Funktion des Rechts ist das Primäre. Recht

- 
1. Dazu eingehend Lüderssen, ZStW 85, 300 ff; vgl. auch Armin Kaufmann, F Schr. Welzel S. 407 N. 41, der in anderem Zusammenhang ausführt, daß dem Angeklagten "nicht geglaubt werden würde ...".
  2. a.A. allerdings diejenigen, die für die Notwehr einen schuldhaften Angriff voraussetzen; dazu siehe oben S. 90 N. 1 und N. 2.

und Unrecht beurteilt sich nach dieser Primärfunktion. Unrecht liegt vor, wenn eine Bestimmungsnorm verletzt worden ist, deren Verletzung zu vermeiden grundsätzlich den Rechtsgenossen möglich war. Was dem "normalen" Rechtsgenossen zu vermeiden unmöglich ist, kann auch nicht rechtswidrig sein. Dieser Normalfall wird bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit mit mehr oder weniger Einschränkungen vorausgesetzt.<sup>1</sup> "Das Recht muß objektivieren und generalisieren."<sup>2</sup>

Nur bei Beachtung dieser "sozialen Natur des Rechts" ist denn auch - jedenfalls im Bereich der Rechtswidrigkeitsprüfung - gewährleistet, daß man nicht nur den Interessen des Handelnden, sondern auch denjenigen der von der Handlung betroffenen Personen gerecht wird<sup>3</sup>: ist bezüglich des Täters die Beherrschbarkeit seines Verhaltens die Voraussetzung für die Zurechnung und konnte sich das Prinzip des "Könnens" Einlaß in die Lehre von der Rechtswidrigkeit einer Handlung nur unter diesem Aspekt verschaffen, dann "muß auch die Möglichkeit des Opfers, sein eigenes

- 
1. Hardwig, Zurechnung S.124; vgl. schon Hold-Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd.I S.27, aber auch Maihofer, JuS 63,168 und F Schr.Henkel S.74 ff (Standpunkt des änderen), Stratenwerth, AT Rn.583 und Langer, Sonderverbrechen S.296 f.
  2. Waider, Bedeutung S.50 f; vgl. auch Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S.14, Rudolphi, Unrechtsbewußtsein S.101, Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.82 und Otto, ZStW 87,579.
  3. Vgl. Münzberg, Verhalten S.232 und Langer, aaO S.297 je m.w.N.; der Gesichtspunkt, daß das Recht es auch mit "Opfern" von Handlungs- und Unterlassungstätern zu tun hat, ist gerade in der Diskussion um "Grund und Grenzen der Unterlassungsdelikte" häufig hervorgehoben worden; so z.B. von Schönemann, Grenzen S.241 ff und GA 74,234, Welp, Tun S.178 ff, Granderath, Rechtspflicht S.185 und Otto, NJW 74,528 ff.

Verhalten beherrschen und vorausplanen zu können, der Ausgangspunkt für die angemessene Berücksichtigung seiner Situation sein."<sup>1</sup> Gerade weil das Recht Regelungen von sozialen Interessenlagen beinhaltet, weil also das Recht auch Lösungen für die Handlungsmöglichkeiten eines von der Handlung eines anderen Betroffenen bereitstellen muß, wenn es wirklich seiner Funktion als Bestimmungsnorm gerecht werden will, muß das Recht diesem Betroffenen zunächst Mittel an die Hand geben, das Verhalten seines Gegenübers dahingehend zu beurteilen, ob es rechtmäßig oder aber rechtswidrig ist. Gerade weil gegen rechtswidrige Handlungen Notwehr möglich ist, muß für den von einer Handlung Betroffenen daher erkennbar sein, ob die Handlung rechtmäßig und folglich hinzunehmen ist oder ob er sich gegen dieselbe zur Wehr setzen darf<sup>2</sup>. Wenn Jakobs demgegenüber geltend macht, die Notwehrevoraussetzungen seien unabhängig vom Inhalt der Verhaltensnorm allein aus dem Zweck der Notwehrbestimmung selbst zu gewinnen<sup>3</sup>, so überzeugt dies schor deshalb nicht, weil er sich zum einen über die Kriterien, die zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit des Angriffs verwendet werden können, nicht äußert<sup>4</sup>, zum anderen aber ausführt, daß bei den Notwehrevoraussetzungen die urteilende Maßstabsperson Bedeutung haben könnte<sup>5</sup>. Entgegen Jakobs folgt aus der dargelegten sozialen Natur des Rechts die Notwendigkeit

---

1. Münzberg, aaO S.234 f.

2. Vgl. Münzberg, aaO S.235.

3. Studien S.16 ff.

4. aaO S.54 N.34.

5. aaO S.68; kritisch insoweit auch Stratenwerth, ZStW 87,952, der im übrigen aber ebenfalls einen subjektiven Maßstab befürwortet; siehe AT Rn.1097.

eines generellen Maßstabs für das Können: denn "weil es nicht möglich ist, das individuelle Können des anderen jeweils so zu erkennen, daß man bereits das eigene Handeln danach ausrichten kann", hebt "die individuelle Bestimmung des für die Unrechtslehre maßgeblichen Könnens die Betrachtung ex ante praktisch auf."<sup>1</sup> Ein subjektiver Maßstab löst "die objektiven Wertungsmaßstäbe des Rechts inhaltlich nach der jeweiligen Person des Täters auf"<sup>2</sup> und atomisiert sie damit. Damit wird das Recht "individuelles Recht", nicht aber "allgemeines Recht für Individuen."<sup>3</sup> Zu Recht weist Frisch insoweit darauf hin, daß der Vertrauensgrundsatz aus den Angeln gehoben werden würde, wenn man sich nicht mehr darauf einrichten dürfte, daß der andere Rechtsgenosse sich an abstrakte, d.h. aber objektiv-generelle Maßstäbe hält<sup>4</sup>.

Will man also ernst machen mit der Möglichkeit, ein Verhalten ex ante als rechtmäßig oder rechtswidrig zu bestimmen, muß ein für alle Beteiligten gleichermaßen gültiger Maßstab an das Können angelegt werden, da von der zutreffenden Beurteilung der Handlung des einen die Möglichkeit des anderen abhängt, sein eigenes Verhalten normgemäß bei gleichzeitiger größtmöglicher Wahrung der eigenen Interessen vorauszuplanen<sup>5</sup>.

- 
1. Münzberg, aaO S.236; Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.82.
  2. Lampe, Unrecht S.83.
  3. Lampe, aaO S.207.
  4. aaO S.82; vgl. auch Stratenwerth, Ffschr.Eb.Schmidt S.389 ff, Geilen, JZ 65,474 f, Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.58 ff, Preuß, Untersuchungen S.102 f und Philipps, Handlungsspielraum S.93 N.119.
  5. Münzberg, aaO S.237 f; vgl. auch E.A.Wolff, Handlungsbegriff S.32 und Philipps, aaO S.94.



b) Nach allem ist zur Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Handlung im Bereich des "Könnens" ein genereller Maßstab anzulegen, dessen Ausgestaltung im einzelnen allerdings Schwierigkeiten bereiten mag. Für diesen "Mustermenschen"<sup>1</sup>, diese "hypothetische Prognosezentrale" gibt es eine Reihe von Ausdrücken, die den jeweils gewählten Maßstab und damit den Grad der geforderten Sorgfalt innerhalb dieses Maßstabs näher kennzeichnen<sup>2</sup>, wobei es für "jede denkbare intellektuelle Ausstattung der Maßstabsperson plausible Argumente"<sup>3</sup> gibt: eine jede führt zu einem anderen Gefahrenbegriff, der dem Fahrlässigkeitsurteil zugrundegelegt werden kann. Ob er aber zugrunde gelegt wird, ist nicht eine Frage von richtig und falsch, sondern nur die axiologisch zu treffende Entscheidung über das rechtliche unerträgliche Risiko.<sup>4</sup> Zutreffend führt Armin Kaufmann diesbezüglich aus: "Der Homunculus aus der Retorte unserer normativen Erwägungen" ... "ist nur die gedachte Personifizierung unserer werten-den Rechtsordnung."<sup>5</sup>

Ob die "wertende Rechtsordnung" bei der Festlegung des generellen Könnens erfordert, daß auf die abstrakte menschliche Leistungsfähigkeit abgestellt wird, oder ob Leistungsgruppen gebildet werden müssen, kann für die Zwecke dieser Untersuchung dahinstehen. Festzuhalten ist hier lediglich, daß der "La Place'sche

---

1. Burgstaller, aaO S.55.

2. N. bei Binavince, Momente S.65 f.

3. Zielinski, Handlungsunwert S.187.

4. Zielinski, aaO S.187.

5. Ffschr.Welzel S.409; vgl. ders., ZfRV 64,51, Burgstaller, aaO S.55 sowie Stratenwerth, ZStW 87,966 f.

Weltgeist"<sup>1</sup> als genereller Maßstab ausscheiden muß, da mit dieser Maßstabsperson der Unterschied des Standpunktes ex ante und desjenigen ex post verschwinden würde<sup>2</sup>. Ohne an dieser Stelle auf die Frage der Beurteilungsperson bzw. auf diesbezügliche Abgrenzungsschwierigkeiten eingehen zu wollen<sup>3</sup>, kann nunmehr über die oben aufgeführten Teilbereiche des Könnens<sup>4</sup> folgendes ausgesagt werden:

aa) In der ersten Stufe des Könnens geht es darum, ob der Handelnde die Fähigkeit hat, den von ihm möglicherweise ausgelösten Kausalverlauf vorauszuberechnen. Der Täter muß also zunächst die Fähigkeit haben, die Situation, aus der heraus er handeln will, für den Fall als gefahrträchtig zu erkennen, daß in der beabsichtigten Art und Weise gehandelt wird.

Bei Anlegen eines generellen Maßstabs könnten an dieser Stelle Mißverständnisse entstehen, auf die daher sofort eingegangen werden soll: wenn erkennbar alle diejenigen Umstände wären und wenn als Mittel der Erkennbarkeit alle diejenigen Erfahrungs- und Denkgesetze verwendet werden müßten, die einem "objektiven und einsichtigen Beobachter" der Tatsituation zur Verfügung stehen, dann würde der Umfang der eine

- 
1. Dazu siehe z.B. E.Horn, Gefährdungsdelikte S.51,61, Armin Kaufmann, ZfRV 64,49, Zielinski, aaO S.185; vgl. auch Binavince, aaO S.65: der "ex ante homunculus".
  2. Vgl. Zielinski, aaO S.187 und Münzberg, Verhalten S.241 ff sowie Langer, Sonderverbrechen S.296; Stratenwerth, Fschr.Gallas S.233 hält schon die Hypothese vom "allwissenden Beobachter" für absurd.
  3. Dazu siehe z.B. Münzberg, aaO S.248 ff, Binavince, aaO S.64 ff, Burgstaller, aaO S.54 ff und Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.92 ff je m.w.N.
  4. Siehe oben S.126.

Haftung möglicherweise auslösenden, d.h. also rechtswidrigen Handlungen trotz des Standpunktes ex ante über Gebühr ausgedehnt.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß es häufig überhaupt erst eines konkreten "Anlasses" bedarf, um die Aufmerksamkeit des Täters in eine bestimmte Richtung zu lenken<sup>1</sup>, wodurch er dann erst in die Lage versetzt würde, das Gefahrträchtige der augenblicklichen Situation zu erkennen. So bedarf z.B. der Vater, der seine Zeitung liest, während die Mutter mit dem Kind badet, erst eines Anlasses, um sich überhaupt wieder um das Kind zu kümmern<sup>2</sup>. Hat er keinen derartigen Anlaß<sup>3</sup> - z.B. Menschenansammlung, Lautsprecherdurchsage etc. - dann handelt er auch dann nicht rechtswidrig, wenn die Mutter zwischenzeitlich sich aus irgendeinem Grund nicht mehr um das Kind kümmert oder kümmern kann und das Kind dadurch in Gefahr geraten ist. Daß der Vater theoretisch helfen könnte, spielt insoweit keine Rolle, da er von der eine Rettungshandlung erfordernden Situation keine Kenntnis hat und er auch keinen Anlaß hat, die ihm "bekannte" Situation als möglicherweise gefährträchtig zu erkennen bzw. zu überprüfen. Nur wenn der Vater einen Anlaß hätte, die Situation als eine

- 
1. Zur Frage, ob Inhalt der Rechtspflicht lediglich die Beachtung der "äußeren Sorgfalt" oder aber diejenige der "inneren Sorgfalt" ist, siehe grundlegend Engisch, Untersuchungen S.269 ff sowie Münzberg, aaO S.244 m.w.N. einerseits, Jakobs, Studien S.59 ff und 62 ff andererseits.
  2. Beispiel nach Münzberg, aaO S.245.
  3. Dazu siehe z.B. Jakobs, aaO S.43 f und 83 ff, E.Horn, Verbotsirrtum S.84 ff, Schroeder, LK §59,151 ff, Schmidhäuser, F Schr.Schaffstein S.144, Androulakis, Studien S.115 f, Münzberg, aaO S.244 und Herzberg, Unterlassung S.200, 202 ff.

solche, in der sein Eingreifen erforderlich sein könnte, zu begreifen, würde sein Nichtstun zum rechtswidrigen Unterlassen.

Auch dieser Anlaß kann jedoch etwas sein, was bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkannt werden können: der fahrlässig nicht erkannte Anlaß reicht also für die Fahrlässigkeit aus. Ausgangspunkt der Gefährlichkeitsprognose ist nach allem nicht nur das ontologische Wissen, das der Handelnde hat, sondern zusätzlich dasjenige, das er in der Situation hätte haben können und daher hätte haben müssen<sup>1</sup>: das ontologische "Urteil" ist folglich in Wirklichkeit schon ein Teil des nomologischen Urteils<sup>2</sup>.

Über die Situationskenntnis hinaus geht es im Bereich der ersten Stufe des Könnens darum, daß der Handelnde aufgrund des ontologischen Wissens mit Hilfe von nomologischem Wissen die "Eignung" der verschiedenen, ihm offenstehenden Handlungsmöglichkeiten zur Herbeiführung der gebotenen bzw. zur Vermeidung der im Gesetz umschriebenen schädlichen Erfolge erkennen kann.

Ein "einsichtiger, objektiver Beobachter", eine "Sozialperson" im Sinn der Maihofer'schen Handlungslehre müßte folglich aus der Situation des Handelnden heraus in der Lage sein, "die Voraussetzungen der Entstehung (der Rechtspflicht)"<sup>3</sup> zu erkennen und diese in der richtigen Weise gedanklich zu verarbeiten."<sup>4</sup>

---

1. Zu eng daher Zielinski, Handlungsunwert S.190.

2. So zutreffend Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.89; siehe auch Philipps, Handlungsspielraum S.170.

3. Einschub des Verfassers.

4. Münzberg, aaO S.206.

Mit anderen Worten: der Handelnde muß aus der von ihm erkannten bzw. aufgrund eines Anlasses ihm erkennbaren tatsächlichen Situation, der "Handlungssituation",<sup>1</sup> mit Hilfe von allgemeinen Erfahrungssätzen über die Kausalgesetze sowie aufgrund allgemeiner Denkgesetze<sup>2</sup> die richtigen, d.h. rechtlich gebotenen Schlüsse für sein zukünftiges Verhalten ziehen können<sup>3</sup>.

Auch an dieser Stelle des Systems wird jedoch noch nicht endgültig über die Rechtswidrigkeit einer Handlung entschieden: ob jemand gewisse Handlungen vornehmen darf oder nicht, hängt nicht allein von deren Gefährlichkeit, sondern maßgeblich auch von der Abwägung der von der Handlung betroffenen Interessen ab, wobei sich auch gewisse Differenzierungsmöglichkeiten nach dem Wissens- und Erfahrungsschatz der Handelnden ergeben können<sup>4</sup>.

bb) Die Fähigkeit, das beabsichtige Verhalten als ge- oder verboten zu erkennen, d.h. die Fähigkeit zur richtigen Wertung bzw. zur Vornahme der zutreffenden Interessenabwägung, ist voll und ganz dem Bereich der Schuld zugehörig.

Wenn in §20 StGB die Rede ist von der "Unfähigkeit des Täters, das Unerlaubte seiner Tat einzusehen", dann kann das nur bedeuten, daß die Handlung selbst rechtswidrig sein kann, ohne daß der Handelnde eine

---

1. Zielinski, aaO S.181 f; vgl. auch Frisch, aaO S.89 und Jakobs, Studien S.85.

2. Vgl. dazu Binavince, Momente S.67, Zielinski, aaO S.187 N.108, Langer, Sonderverbrechen S.297 und Rutz, SchwZStr. 89,379.

3. Siehe dazu besonders Engisch, Untersuchungen S.420 ff.

4. Vgl. Zielinski, aaO S.180 N.92; siehe auch unten Text zu D.

entsprechende Einsicht entwickeln kann. Denn das Unrechtsbewußtsein bezieht sich seiner Natur nach auf das begangene Unrecht; es kann folglich nicht selbst Teil desselben sein<sup>1</sup>. In diesen Problembereich gehört auch der Fall des "Überzeugungstäters": auch er begeht eine rechtswidrige Handlung, da das Recht als objektive Ordnung sich nicht dem Individualgewissen überantworten kann<sup>2</sup>.

Nur diese Sicht wird auch dem Wesen des Rechts als einer sozialen Macht gerecht, denn anderenfalls würde nicht das Recht selbst allgemeingültige Maßstäbe über Richtigkeit und Unrichtigkeit von Verhaltensweisen aufstellen<sup>3</sup>, sondern das Individuum würde durch seine jeweils besonderen Fähigkeiten den Inhalt der Norm letztverbindlich festlegen<sup>4</sup>. Der Inhalt der Verhaltensnorm ist aber schon von der Rechtsordnung festzulegen, er darf nicht vom Mangel individueller Fähigkeiten abhängig gemacht werden. "Im Bereich des Unrechts wird fingiert, daß jedem Menschen Freiheit und Vernunft eignen."<sup>5</sup>

Die Fähigkeit zur Vornahme der richtigen Wertung eines beabsichtigten Verhaltens ist folglich dem Schuldbereich zuzuordnen<sup>6</sup>, wobei das allerdings nur bedeutet, daß die Rechtswidrigkeit der Handlung von der Zurechnungsunfähigkeit des Handelnden unberührt bleibt<sup>7</sup>.

---

1. Ebenso Schweikert, Wandlungen S.153 f.

2. Vgl. Roxin, F Schr. Henkel S.195.

3. Dazu siehe Jakobs, aaO S.1 ff.

4. So aber Jakobs, aaO S.68; auch Hardwig, ZStW 68,30.

5. Otto, ZStW 87,573.

6. Ganz h.M.; siehe Münzberg, aaO S.210 f und Krümpelmann, ZStW 87,898.

7. Zu den Folgen für das Unrecht siehe z.B. Hardwig, ZStW 68,31 N.24 und Schweikert, aaO S.141 f.

cc) Auch die Fähigkeit, gemäß einer zutreffenden Unrechtseinsicht auch handeln zu können, gehört in den Bereich der Schuld. Die Rechtswidrigkeit einer Handlung ist also nicht davon abhängig, ob der Handelnde z.B. infolge krankhafter Mängel der Willensbildung unfähig ist, nach seiner Einsicht zu handeln, daß eine bestimmte Handlung rechtswidrig sein werde<sup>1</sup>. Jede andere Ansicht würde - abgesehen von der hohen Fehlerquote, die man in Kauf nehmen müßte und die im Bereich der Rechtswidrigkeit zu Unzuträglichkeiten führen würde - den Standpunkt ex ante wieder zunichte machen bzw. ihn ad absurdum führen, da die genannte Fähigkeit zwar möglicherweise ex post von einem Sachverständigen festgestellt werden kann, unmöglich jedoch von dritten Personen ex ante. Auch den Personen, denen gegenüber gehandelt wird, muß es aber ex ante erkennbar sein, ob rechtmäßig oder rechtswidrig gehandelt wird<sup>2</sup>.

dd) Einzuordnen bleibt noch die Fähigkeit, das als richtig erkannte und auch gewollte Verhalten durchführen zu können.

Nicht hierher gehört das "Modethema der jüngsten Strafrechts- und Zivilrechtsdogmatik"<sup>3</sup>, das unter den Stichworten wie "Unvermeidbarkeit", "Schuldzusammenhang", "Schutzzweck der Norm" etc.<sup>4</sup> diskutiert wird. In diesem Sinn

- 
1. Siehe auch Otto, Pflichtenkollisionen S.33 und Münzberg, aaO S.211 f, Hardwig, Zurechnung S.125.
  2. Siehe dazu oben S.132 ff.
  3. Schaffstein, Ffschr.Honig S.171.
  4. Dazu siehe z.B. Roxin, ZStW 74,411 ff, Rudolphi, SK vor §1,65 ff, Wessels, AT S.122 ff, Samson, Kausalverläufe S.86 ff und Ffschr.Welzel S.584 ff, Münzberg, aaO S.129 ff, Philipps, Handlungsspielraum S.108 ff und Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip S.69 ff je m.w.N.; siehe auch oben S.97 N.3.



bezeichnet die "Unvermeidbarkeit" ein Problem des Haften-müssens bzw. des Nicht-haften-müssens für eine rechtswidrige und tatbestandsmäßige Handlung bzw. Unterlassung, um eine teleologische Einschränkung also der Reichweite des Tatbestands. Im Zusammenhang dieser Untersuchung interessiert jedoch nur die Form der Unvermeidbarkeit, bei der schon die Rechtswidrigkeit des Tuns wegfällt. Mit anderen Worten: an dieser Stelle geht es um die "Risikoerhöhung", nicht aber um die "Risikoverwirklichung"<sup>1</sup>.

Die Fähigkeit, sich kontrolliert und beherrscht verhalten zu können, wurde auch in dem System der klassischen Unrechtslehre schon an sehr früher Stelle des Deliktsaufbaus berücksichtigt, indem postuliert wurde, daß eine Handlung im Sinn des Strafrechts nur vorliege, wenn das Verhalten beherrschbar war<sup>2</sup>. Insoweit hatte der Handlungsbegriff tatsächlich die Funktion, nicht-rechtswidriges Verhalten aus der Prüfung strafrechtserheblicher Handlungen auszuschneiden, wobei allerdings - wie schon ausgeführt wurde<sup>3</sup> - der jeweilige Handlungsbegriff durch die jeweilige Unrechtsauffassung schon vorgeprägt war.

Die Entdeckung, daß es sich bei der Fähigkeit, sich willensgemäß zu verhalten, um ein Problem allgemeiner Art handelt, wurde erst im Zuge der Durchdringung der Unterlassungsdelikte gemacht. Denn "während beim Begehungsdelikt die gebotene Unterlassung jederman ohne Rücksichten auf seine Fähigkeiten möglich ist"<sup>4</sup>,

---

1. Vgl. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.131.

2. Siehe dazu oben S.16 und S.121 m.N.

3. Siehe oben S.122.

4. Schmidhäuser, AT S.678.

so erfordert das Gesetz im Bereich der Unterlassungsdelikte die Vornahme einer rettenden Handlung, d.h. es wird gefordert, daß der Betroffene eine Leistung erbringt<sup>1</sup>. Insoweit aber kann häufig zweifelhaft sein, ob der Täter diese Leistung überhaupt erbringen kann<sup>2</sup>.

Dasselbe Problem ergibt sich aber auch im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte, wenn es darum geht, das Maß der erforderlichen Sorgfalt festzulegen: kann jemand eine bestimmte Handlung nicht erbringen, dann könnte es als sinnwidrig erscheinen, ihm wegen des Ausbleibens dieser sorgfältigen Handlung - d.h. wegen der unsorgfältigen Handlung - den Vorwurf der Fahrlässigkeit zu machen.

- 
1. Vgl. Samson, Fschr.Welzel S.395 und Schmidhäuser, AT.S.700; siehe auch oben S.122 f.
  2. Bei den Unterlassungsdelikten könnte ein subjektiver Maßstab angezeigt sein, da Notwehr bzw. Nothilfe dort in der Regel - soweit überhaupt denkbar: dazu siehe z.B. Baumann, AT S.307 f, Schmidhäuser, AT S.692, Herzberg, Unterlassung S.230,285, aber auch Welp, Tun S.336 und Kühl, Beendigung S.155 ff, wo ein Angriff durch Unterlassen in Fällen durch Ingerenz herbeigeführter Gefahrenzustände gesehen wird, wobei allerdings zweifelhaft ist, ob es sich dabei nicht um Angriffe durch positives Tun handelt - eine andere Struktur haben: wer Nothilfe leisten will, wird dies in der Regel durch direkten Eingriff in den bedrohlichen Kausalverlauf tun und wird nicht erst versuchen, Zwang auf den Handlungspflichtigen auszuüben, damit dieser die Handlung ausführt. Auch dies ist jedoch denkbar; so jedenfalls Kühl, aaO S.156 ff, wo jedoch ein Fall eines Angriffs durch positives Tun gegeben sein dürfte. Tatsächlich begrenzt Androulakis, Studien S.125 f das Können im Bereich der Unterlassung auf das "individuell Mögliche"; vgl. auch Maihofer, Fschr.Eb. Schmidt S.174 ff, Herzberg, aaO S.200 ff und Engisch, Fschr.Welzel S.269; dagegen z.B. Jescheck, AT S.436 ff und 479. Das Problem soll hier jedoch, weil nicht thematisch, nicht weiter vertieft werden.

Gerade im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte helfen sich Rechtsprechung und Lehre jedoch seit langem dadurch, daß sie die "Schuld"<sup>1</sup> schon in der Übernahme von Tätigkeiten sucht, die man letztlich nicht voll beherrscht, so daß man im Fall einer krisenhaften Entwicklung der Situation nicht mehr gewachsen ist<sup>2</sup>. Gerade dieses Problem kann jedoch nicht zutreffend gelöst werden, ohne auf die Fragen der Interessenabwägung zusätzlich einzugehen. Denn, um die Situation an einem Beispiel zu verdeutlichen, der Krankenpfleger, der eine schwierige Operation ausführt, handelt doch wohl nur unter normalen Bedingungen rechtswidrig, nicht aber auch dann, wenn "Not am Mann" ist und längeres Warten auf jeden Fall den Tod des Patienten zur Folge haben würde<sup>3</sup>.

Festzuhalten bleibt schließlich, daß Einigkeit insoweit besteht, daß die Möglichkeit des willensgemäßen Verhaltens ebenfalls in den Bereich der Rechtswidrigkeit einzuordnen ist<sup>4</sup>.

- 
1. Das Problem ist herkömmlicherweise im Rahmen der Schuldlehre abgehandelt worden.
  2. Vgl. Engisch, Untersuchungen S.325 und 352 f; siehe auch oben S.129 N.3.
  3. Vgl. auch Münzberg, Verhalten S.219 ff und N.436.
  4. Für den Begehungsbereich: communis opinio; siehe oben S.121 ff.

## D Das Prinzip der Interessenabwägung

Die oben aufgezeigten Kriterien der "Eignung" und des "Könnens" reichen schon aus, um von bestimmten Verhaltensweisen sagen zu können, sie seien nicht rechtswidrig. Das ist dann der Fall, wenn der Handelnde alles zur Erhaltung bzw. Rettung des Rechtsgutes getan hat, was in seiner Situation getan werden konnte und sollte. War die Gefährdung eines Rechtsguts gar nicht vorauszusehen, dann ist auch nicht in die Station "Interessenabwägung" einzutreten, weil die Wert- und Güterabwägung nur für "an sich" gefährdende Handlungen vorzunehmen ist<sup>1</sup>.

Das Urteil, der Handelnde habe rechtswidrig gehandelt, kann dagegen erst aufgrund einer umfassenden "Interessenabwägung"<sup>2</sup> gefällt werden.

Da es im Rahmen dieser Arbeit im wesentlichen auf den auf Tatsachen beruhenden und nur am Rande auf den mit Wertungen zusammenhängenden Aspekt der unrechtmäßigen Handlungen ankommt, wollen wir uns an dieser Stelle

- 
1. Ebenso Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt S.98.
  2. Dazu siehe eingehend Münzberg, Verhalten S.259 ff; für eine einheitliche Begründung der Rechtfertigung tatbestandlichen Verhaltens z.B. auch Noll, ZStW 77,8 ff und GA 71,180, Preuß, Untersuchungen S.123 ff, V.Schmidt, Abgrenzung S.94 f, Kratzsch, GA 71,70 f, Zielinski, Handlungsunwert, S.226,230, Zipf, ZStW 82,645, Johannes, Täterschaft S.50 N.142, Schmidhäuser, AT S.288 f und Fschr.Honig S.185 ff, Langer, Sonderverbrechen S.317 ff, Roxin, Kriminalpolitik S.24 und Ged.schr.Radbruch S.266 sowie ZStW 83,384, Lenckner, Notstand S.133 und Gallas, ZStW 80,23 ff; a.A. aber z.B. Himmelreich, Notwehr S.83 ff; w.N. bei Münzberg, aaO S.259 ff.

auf wenige Bemerkungen beschränken:

1. Schon oben wurde ausgeführt, daß die große Anzahl der Fälle tatbestandsmäßigen und dennoch rechtmäßigen Verhaltens wie z.B. die Fälle des "erlaubten Risikos", des "verkehrsrichtigen Verhaltens", der "Sozialadäquanz", der "Pflichtenkollision" und des "übergesetzlichen Notstands"<sup>1</sup> (jetzt allerdings: § 34 StGB) deutlicher als alle denkbaren Argumente aufzeigen, daß die im Gesetz normierten Rechtfertigungsgründe keineswegs abschließend gemeint sind<sup>2</sup>. Ob ein Verhalten nämlich als rechtmäßig oder als rechtswidrig zu qualifizieren ist, bestimmt sich nach allen geschriebenen und ungeschriebenen Normen, wobei auch öffentliche Interessen an einer Handlung diese rechtfertigen können, selbst wenn private Interessen entgegenstehen<sup>3</sup>. Nach allem muß jedenfalls in allen zweifelhaften Fällen untersucht werden, ob nicht einer der gesetzlich nicht normierten Rechtfertigungsgründe eingreift. Das aber bedeutet, daß diese Untersuchung in allen denkbaren Fällen geschieht; der Unterschied zwischen den einfach gelagerten und den schwierigen Fällen ist nämlich nur der, daß in den einfachen Fällen die Interessenabwägung völlig problemlos zu eindeutigen Lösungen führt. Die Feststellung aber, ob ein einfacher, ein "typischer" Fall vorliegt, "gehört bereits zur Rechtswidrigkeitsprüfung und ist ohne das Prinzip der Interessenab-

---

1. Dazu siehe oben S.28 ff.

2. Allgem.Meinung; siehe z.B. Jescheck, AT S.244 und Tiedemann, JZ 69,717 und 721.

3. Münzberg, aaO S.269 f; so auch schon Johannes, Täterschaft S.48 f; vgl. auch Rehberg, Lehre S.198 f.

wägung kaum möglich."<sup>1</sup>

2. Bei der "Interessenabwägung" sind nicht nur konkret faßbare Interessen einer Einzelperson wie z.B. die Unversehrtheit des Körpers mitzubersichtigen, sondern insbesondere auch Allgemeininteressen wie z.B. das Interesse der Allgemeinheit am Fortbestand bzw. an der Weiterentwicklung des sozialen Zusammenlebens, auf dem das Prinzip des "erlaubten Risikos" ebenso wie das der "Sozialadäquanz" beruht<sup>2</sup>, das Interesse an der Handlungs- und Bewegungsfreiheit des einzelnen<sup>3</sup> sowie dasjenige an der Erhaltung des sozialen Friedens<sup>4</sup>. Entscheidendes Gewicht hat der Gesichtspunkt der Erhaltung der individuellen Handlungsfreiheit z.B. im Bereich der Unterlassungsdelikte, und zwar bei der Abwägung, ob eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Denn da die Überbürdung mit einer derartigen Rechtspflicht einen spürbaren Eingriff in die Handlungsfreiheit des einzelnen bedeutet, muß eine solche "Last" durch überwiegende Interessen des Trägers des gefährdeten Rechtsgutes gerechtfertigt sein. Aus diesem Grund - weil es sich dabei also um eine Interessenabwägung handelt - hat Roxin das richtige getroffen,

---

1. Münzberg, aaO S.328 N.656, Otto, Grundkurs S.65 f.

2. N. dazu siehe oben S.28 f; siehe auch Binavince, Momente S.70, Stratenwerth, AT Rn.1169 ff, Lampe, Unrecht S.205, Jakobs, Studien S.52, Langer, Sonderverbrechen S.297 f, Philipps, Handlungsspielraum S.83 ff und Münzberg, aaO S.272 ff m.w.N.

3. Dazu siehe z.B. Rehberg, Lehre S.52, 103, Deutsch, Fahrlässigkeit S.228, Nowakowski, ZStW 63,330, Amelung, Rechtsgüterschutz S.180, Preuß, Untersuchungen S.123 ff und Münzberg, aaO S.273 ff m.w.N.

4. Siehe z.B. Amelung, aaO S.192; dieser Gesichtspunkt spielt bei der subjektiven Versuchslehre die maßgebliche Rolle; dazu siehe unten Text Teil II Kap.2 E.



wenn er ausführt, die Monographien über die "Gleichstellungsproblematik" befaßten sich nicht eigentlich mit Gesetzesauslegung, sondern mit Rechtsschöpfung<sup>1</sup>: die Abwägungsgesichtspunkte sind vom Gesetzgeber selbst nämlich nicht weiter festgelegt, so daß es gilt, die maßgeblichen Kriterien für eine derartige Abwägung selbst herauszuarbeiten<sup>2</sup>.

Bedeutung hat das Interesse der Allgemeinheit an der Handlungsfreiheit des einzelnen - die insoweit ebenfalls zu den Allgemeininteressen gehört<sup>3</sup> - aber auch im Bereich der Begehungsdelikte. Denn ein striktes Verbot von durch aktives Tun verursachten Rechtsgüterverletzungen bzw. -gefährdungen wäre nur durch absolute Untätigkeit und damit nur in einer "funktionslosen toten Museumswelt"<sup>4</sup> durch den "sozialen Tod"<sup>5</sup> erreichbar. Daher müssen schon seit Urzeiten gefährliche Verhaltensweisen in bestimmtem Umfang zugelassen werden, denn auch die Anlage von z.B. Bewässerungsanlagen gefährdete zu einem gewissen Grad die Rechtsgüter anderer<sup>6</sup>.

- 
1. Kriminalpolitik S.20 N.40; vgl. auch Schünemann, Grenzen S.2.
  2. Das erklärt auch zwanglos die Tatsache, daß die an dieser Diskussion hauptbeteiligten Autoren - z.B. Armin Kaufmann, Rudolphi, Pfeleiderer, Bärwinkel, Welp, Schünemann, Herzberg und Schöne - trotz scharfsinnigster Betrachtungen zu teilweise völlig konträren Ergebnissen gelangen konnten wie z.B. die Arbeiten von Schünemann und Herzberg; N. oben S.11 N.3.
  3. Vgl. Langer, aaO S.297 f, Amelung, aaO S.207, 250, 388 f und Mannheim, Maßstab S.53 ff.
  4. Welzel, ZStW 58,557.
  5. Maihofer, JuS 63,167 (Friedhofsstille); vgl. auch Zielinski, Handlungsunwert S.124 N.152, Exner, Wesen S.191, Jakobs, Studien S.56, Amelung, aaO S.241 f, 250 sowie Philipps, ZStW 85,38 f.
  6. Vgl. auch Schmidhäuser, FschR.Schaffstein S.139 N.36.



Gerade weil aber derart gefährliche Verhaltensweisen nur aus allgemeinen Interessen heraus erlaubt sind, sind die Art des gefährdeten Rechtsguts<sup>1</sup> und der Grad der Gefährdung bzw. die Wahrscheinlichkeit der Verletzung anderer Interessen variable Größen, von deren jeweiligem Stand die Zulässigkeit der Handlung im Einzelfall abhängt. Je entfernter die Möglichkeit einer Verletzung von fremden Rechtsgütern liegt, desto geringere Interessen des Handelnden an der Handlung reichen aus, um dieselbe rechtmäßig erscheinen zu lassen. Umgekehrt: je konkreter die Möglichkeit einer Rechtsgüterverletzung gegeben ist, desto höher muß das Interesse des Handelnden zu bewerten sein, wenn die Handlung gleichwohl rechtmäßig sein soll<sup>2</sup>. "Je riskanter der Eingriff, desto dringender muß die Gefahr sein, die bei seiner Unterlassung bestände."<sup>3</sup>

1. Die Frage des Schutzes von Allgemein- oder Einzelinteressen ist höchst bedeutsam für die Frage der Tragweite einer Einwilligung bzw. der Disposition über das in Frage stehende Rechtsgut. Insbesondere spielt dies eine Rolle im Rahmen der Diskussion um die "Tötung auf Verlangen" bzw. um die "Mitverantwortung Dritter am Selbstmord"; dazu siehe z.B. Roxin, Täterschaft S.158 ff, 225 ff und Fschr. Gallas S.243 ff, Herzberg, Unterlassung S.265 ff, Langer, Sonderverbrechen S.294 ff, Amelung, aaO S.317 ff, 389 N.167, neuestens auch Bringewat, ZStW 87,632 ff, Hirsch, Fschr.Welzel S.775 ff und Geilen, JZ 74,145 ff je mit umfassenden Nachweisen zum Diskussionsstand; siehe auch Busse, Täterschaft S.412 ff.
2. Vgl. dazu Engisch, Untersuchungen S.288 f, M.L. Müller, Bedeutung S.73 f, Deutsch, Fahrlässigkeit S.12, Hold-Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd.II S.118 f, Noll, ZStW 77,31, Preuß, Untersuchungen S.158 f, Rutz, SchwZStr.89,365 ff und Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.155; siehe auch Münzberg, aaO S.302 ff m.w.N. und weiteren Beispielen.
3. Noll, ZStW 77,11; siehe auch Armin Kaufmann, ZfRV 64,46 f und Preuß, aaO S.123 ff, 158 f.

Aus dem bisher Ausgeführten läßt sich ohne weiteres noch folgendes ableiten: je weniger der Handelnde die Handlungssituation kennt bzw. kennen kann, desto geringer ist sein Interesse an seiner Handlungsfreiheit zu bewerten, da er die Risiken seiner Handlung nicht überschauen und eine gefährliche Situation im Fall ihres Eintritts aufgrund der Handlung nicht steuern könnte. So darf z.B. die Putzfrau in einem mit technischen Geräten bestückten Raum an den verschiedenen Knöpfen, Hebeln u.a. nicht hantieren, weil ihr ein aner kennenswertes Interesse daran völlig abzusprechen ist.

Diese Einschränkung ergibt sich auch daraus, daß derjenige rechtswidrig handelt, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet. Zur verkehrserforderlichen Sorgfalt gehört aber z.B. auch, daß erst dann in einer bestimmten Weise gehandelt werden darf, wenn die Folgen dieses Verhaltens geklärt sind oder aber Voraussetzungen geschaffen sind, daß unvorhergesehene Folgen keine Schäden anrichten können. Aus diesem Grund wird verständlich, daß der jeweilige Informationsstand des Handelnden eine soeben noch bestehende Gefahr bei sonst unveränderter äußerer Situation beseitigen kann<sup>1</sup>.

Gleichwohl lassen sich auch bei geringem Informationsstand des Handelnden über die Folgen seines erkennbar gefährlichen Verhaltens gerechtfertigte Handlungen denken wie das Beispiel einer durch einen Krankenpfleger durchgeführten Notoperation zeigt<sup>2</sup>: je

---

1. Zielinski, Handlungsunwert S.180 N.92.

2. Vgl. auch Philipps, Handlungsspielraum S.79 ff und N.105 sowie ZStW 85,41 f, Rutz, SchwZStr.89,365, Hirsch, Fschr.Welzel S.795 N.66, Rehberg, Lehre S.204 f und Amelung, aaO S.181.

dringender die Gefahr des Eintritts eines schädlichen Erfolges ist, desto eher ist auch ein riskanter Eingriff erlaubt<sup>1</sup>.

Nach allem kann festgehalten werden: je geringer das Interesse des Handelnden an seiner Handlungsfreiheit zu bewerten ist, desto eher muß er die beabsichtigte Handlung unterlassen<sup>2</sup>. Umgekehrt: je geringer der aufgrund der Handlung möglicherweise eintretende Schaden ist, desto gewichtiger ist die Handlungsfreiheit des einzelnen zu bewerten<sup>3</sup>.

3. Soweit das Gesetz selbst schon eine Wert- bzw. Güterabwägung vorgenommen hat, ist bei der vorzunehmenden Interessenabwägung diese Wertung verbindlich. Diese Verbindlichkeit reicht jedoch nur soweit als das Gesetz die Interessenabwägung vorgenommen hat, d.h. sie kommt praktisch nur innerhalb der gesetzlich normierten Rechtfertigungsgründe voll zu Tragen<sup>4</sup>, wobei aber auch bei diesen das Prinzip der Güterabwägung immer wieder in die Auslegung eindringt<sup>5</sup>.

Wo das Gesetz die Interessenabwägung nicht schon selbst verbindlich vorgenommen hat, ist die Abwägung anhand der gesetzlichen Wertvorstellungen<sup>6</sup> für den

---

1. Vgl. Noll, ZStW 77, 11.

2. Siehe zu diesem Problem auch Philipps, ZStW 85, 27 ff und 40 ff.

3. Hier ist das "Geringfügigkeitsprinzip" Roxins, JuS 64, 376 und Kriminalpolitik S. 24 anwendbar.

4. Vgl. Bertel, ZStW 84, 16 N. 54.

5. So für die Notwehrbestimmung z.B. Roxin, ZStW 75, 541, Schmidhäuser, Fschr. Honig S. 187 und Lenckner, GA 68, 5.

6. Siehe z.B. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein S. 91 N. 26, Lenckner, Notstand S. 180 ff, Heinitz, Fschr. Eb. Schmidt S. 284 ff und Amelung, aaO S. 209.

ganz konkreten Fall vorzunehmen, indem man auf die dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen und Zwecke abstellt. Dabei sei nicht verkannt, daß es gerade die Wertungsfragen sein werden, die die Diskussion immer wieder anheizen, da derartige Probleme einer rationalen Beweisführung nur in sehr beschränktem Umfang zugänglich sind<sup>1</sup>, weshalb immer die - allerdings unvermeidbare - Gefahr besteht, daß jeder Rechtsanwender den ihm genehmen Zweck dem Gesetz erst unterlegt, um ihn dann aus demselben wieder herauslesen zu können<sup>2</sup>.

Ist das "Herauslesen" der jeweils zutreffenden Wertungen aus dem Gesetz häufig schon unendlich schwierig, so steht man vor einem unlösbaren Problem in dem Fall, in welchem die Rechtsordnung dem Handelnden keinerlei Wertungen anzeigen kann wie z.B. in dem Fall des Bergsteigers, der von zwei an einem Seil hängenden Kollegen nur einen retten könnte, aber auch diesen nur, wenn er den anderen "opfert"<sup>3</sup>.

- 
1. Vgl. Würtemberger, Situation S.XXI, Jakobs, Studien S.129. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S.73 ff und 76 ff.
  2. Dies ist auch der Grund, weshalb die Diskussion über das Problem der "Notwehr gegen verschuldete Angriffe" (dazu siehe z.B. Roxin, ZStW 75,541 ff und Kriminalpolitik S.28 ff, Bockelmann, Fschr. Honig S.19 ff,30, Schmidhäuser, AT S.357 ff und Fschr.Honig S.184 ff und Bertel, ZStW 84,1 ff je m.w. N.) ebenso fruchtbar ist wie sie letztlich ohne beweisbares Ergebnis bleiben muß: die Diskussion wird nämlich mit gewissen Prädispositionen begonnen, die Problematik wird dann im Sinn des "Vorurteils" gelöst: quod erat demonstrandum.
  3. Auch sonst gilt jedoch ganz allgemein, daß "anerkannte Wertvorstellungen mehr denn je nur ein fiktives Leitbild" sind; so Lenckner, aaO S.173.

In diesen Fällen ist eine starke Meinung der Auffassung, daß der den Fall entscheidende Richter letztlich seine eigene Wertung zugrunde legen müsse<sup>1</sup>.

Die Frage soll hier nicht weiter verfolgt werden. Schon der Ausgangspunkt dieser Lehre scheint jedoch verfehlt zu sein: die Rechtsordnung muß, wenn sie ihre Richtschnurfunktion wahrnehmen will, Wertungen schon über lediglich beabsichtigte Handlungen ermöglichen damit die Wertung der beabsichtigten Handlung als rechtmäßig oder rechtswidrig als Motiv in die "Kalkulation" des Handelnden eingehen kann<sup>2</sup>. Unter diesem Blickwinkel erscheint es als ein krasser Verstoß gegen den Grundsatz "ex ante", wenn der Handelnde erst im späteren Prozeß - also häufig erst Jahre später und nach divergierenden Auffassungen der Instanzgerichte<sup>3</sup> - erfährt, wie er sich in einer bestimmten Situation dem Recht gemäß hätte verhalten sollen<sup>4</sup>.

Macht man ernst mit dem Grundsatz "ex ante", dann kann es dem Handelnden nicht zum Nachteil gereichen,

- 
1. So Lenckner, aaO S.180 ff unter ausführlicher Diskussion aller anderen denkbaren Möglichkeiten; ihm folgen z.B. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein S.91 N.26 und Heinitz, F Schr.Eb.Schmidt S.283 ff; gegen eine derartige Überantwortung der Rechtsanwendung an das persönliche Werterleben (in anderem Zusammenhang) Schünemann, GA 74,238; auch H.Mayer, AT S.133 f.
  2. Dazu siehe oben S.45 ff und 104 ff.
  3. Als Hohn erscheint es geradezu, wenn der Bundesgerichtshof, nachdem in der Vorinstanz mehrere Berufsrichter der Auffassung waren, ein Verbotsirrtum sei unvermeidbar gewesen, ausführt, dieser sei vermeidbar gewesen.
  4. Vgl. auch Lemmel, Strafbarkeitsvoraussetzungen S.56 ff, 70 ff und - von anderem Standpunkt aus - Kratzsch, Grenzen S.80.

daß er sich die Antwort, die die Rechtsordnung ihm nicht geben konnte, selbst gab: seine Handlung kann dann weder als rechtswidrig, noch als rechtmäßig qualifiziert werden<sup>1</sup>.

---

1. Vgl. dazu Arthur Kaufmann, F Schr. Maurach S.336 ff mit umfangreichen Nachweisen; siehe auch Jescheck, AT S.272, Eser, Strafrecht I S.104 und Philipps, Handlungsspielraum S.82 "von Haftung freistellen".

## E Ergebnis

Bisher hat sich die Erörterung darauf beschränkt, die allgemeinen Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeit eines Handelns aufzuzeigen. Aufgrund dieser Erörterungen können nunmehr schon Aussagen darüber gemacht werden, warum verschiedene Verhaltensweisen rechtswidrig sind.

Mit dieser Prädikatisierung der Verhaltensweise ist aber noch nicht allzuviel gewonnen. Denn die Rechtswidrigkeit - dies wurde schon ausgeführt - ist eine reine Relation. Das Prädikat "rechtswidrig" bedeutet lediglich, daß ein Verhalten nicht so ist wie es sein sollte<sup>1</sup>. Dieses Prädikat "rechtswidrig" hat also nicht notwendigerweise einen Bezug zum Strafrecht; auf der anderen Seite muß jedes strafrechtlich relevante Verhalten "rechtswidrig" im Sinne der vorangegangenen Ausführungen sein.

In dem Fall, in dem ein Verhalten "geeignet" ist, einen in einer Norm des Strafrechts umschriebenen Erfolg herbeizuführen bzw. eine in einer Strafrechtsnorm verbotene sorgfaltswidrige Handlung vorgenommen wird, ist dieses Verhalten nicht nur rechtswidrig, sondern gleichzeitig unrechtstypisch im Sinn der jeweiligen Strafrechtsnorm. Denn durch Aufstellen der Norm hat die Gesellschaft ein derartiges Verhalten als "sozialwidrig" in dem Sinn gekennzeichnet, daß an eine solche Handlung die Rechtsfolge "Strafe" geknüpft sein soll.

---

1. Siehe oben S.49 f.



Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Rechtswidrigkeit im dargelegten Sinn lediglich die Mindestvoraussetzungen des sog. "Handlungsunrechts" konstituiert, läßt sich nunmehr sagen, daß mit den bisher erörterten Kriterien eine Art "Grundunrecht", nämlich das Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte umschrieben worden ist: bei diesen Delikten bilden die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit gleichzeitig das gesamte tatbestandsspezifische Unrecht, soweit dieses Handlungsunrecht ist.

Die bisher aufgezeigten Kriterien begründen aber nicht nur voll und ganz das Unrecht der schlichten Fahrlässigkeitsdelikte bzw. den handlungsabhängigen Teil der übrigen Fahrlässigkeitsdelikte, sondern sie konstituieren gleichzeitig die Voraussetzungen, die bei jeder Täterschaft erfüllt sein müssen: Täter eines Delikts - sei es nun eine Vorsatztat oder ein Fahrlässigkeitsdelikt - kann nur sein, wessen Handlung diese Mindestvoraussetzungen des Handlungsunrechts erfüllt, wessen Handlung also nach den dargestellten Kriterien der "Eignung", des "Könnens" und der "Interessenabwägung" rechtswidrig ist<sup>1</sup>.

Nicht immer ist aber schon an das Vorliegen einer im dargelegten Sinn rechtswidrigen Handlung die Rechtsfolge "Strafe" geknüpft. Im Regelfall müssen zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine rechtswidrige Handlung zur unrechtstypischen im Sinn des jeweiligen Straftatbestands wird.

---

1. Zu dem Problem, ob die Handlung des Teilnehmers ebenfalls rechtswidrig im Sinne der obigen Ausführungen ist, siehe unten Teil III Kap.1 B.

Da Täterschaft als Vornahme der deliktstypischen Unrechtshandlung definiert wurde<sup>1</sup>, ist nunmehr zu prüfen, welche Kriterien über diejenigen der Rechtswidrigkeit einer Handlung hinaus erfüllt sein müssen, damit von einer unrechtstypischen Handlung gesprochen werden kann.

Es wird im folgenden darum gehen, die besonderen Merkmale der unrechtstypischen Handlung aufzuzeigen, um so die Voraussetzungen der Täterschaft auch bei denjenigen Delikten festlegen zu können, deren Handlungsunwert mit den bisher erarbeiteten Kriterien nicht vollständig erfaßt werden kann.

---

1. Siehe dazu oben S.7 ff.

## Kapitel 2

## Das deliktstypische Unrecht

Schon bei der Darstellung der klassischen Unrechtslehre ist dargelegt worden, daß einer der Anstöße zur Überwindung dieses Systems aus der Einsicht resultierte, daß man zwischen der formellen Rechtswidrigkeit als einem Verstoß gegen eine staatliche Norm und der materiellen Rechtswidrigkeit als einem gesellschaftsschädlichen, asozialen Verhalten unterscheiden müsse<sup>1</sup>.

Diese Überzeugung führte dann konsequenterweise zu der Erkenntnis, daß "Normen der Aufstellung einer Schwereskala zugänglich"<sup>2</sup> sind und daß es "Grade des Unrechts" gebe. Diese Einsicht gilt es nunmehr für diese Untersuchung fruchtbar zu machen.

Grundvoraussetzung bei allen "unrechtmäßigen" Handlungen ist zunächst, daß die im vorigen Kapitel dargelegten Kriterien erfüllt sind, daß die Handlung also rechtswidrig ist. Bei den im folgenden zu untersuchenden Umständen handelt es sich also um "unrechtserhöhende" Kriterien, die zum Teil eine zwar rechtswidrige, jedoch strafrechtlich nicht relevante Handlung wie z.B. die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache zur unrechtstypischen Handlung im Sinn einer Strafrechtsnorm werden lassen wie z.B. die die Wegnahmehandlung begleitende Absicht rechtswidriger

---

1. Siehe oben S.26 ff.

2. Beling, Lehre S.128.

Zueignung. Zum Teil handelt es sich aber auch um Umstände, die strafrechtlich relevantes Unrecht wie z.B. dasjenige einer fahrlässigen Tötung weiter erhöhen zu - um bei dem Beispiel zu bleiben - demjenigen einer vorsätzlichen Tötung.

Wenn man die "Sozialschädlichkeit" eines Verhaltens analysiert, dann läßt sich feststellen, daß sie im wesentlichen von folgenden Variablen abhängt:

- A. Bedeutung des angegriffenen Rechtsgutes<sup>1</sup>,
- B. Ausmaß der Verletzung des Rechtsgutes<sup>2</sup>,
- C. Art und Weise des Rechtsgutsangriffs<sup>3</sup> sowie
- D. Stellung des Angreifers zum angegriffenen Rechtsgut<sup>4</sup>.

Diese Variablen sollen im folgenden zumindest soweit untersucht werden, wie dies für diese Untersuchung erforderlich ist.

- 
- 1. Dazu siehe z.B. Kern, ZStW 64,262, Krümpelmann, Bagatelldelikte S.27 ff, Kienapfel, JZ 72,574, Langer, Sonderverbrechen S.295 und Beling, Lehre S.128; vgl. zum ganzen auch Gallas, ZStW 67,30, Otto, Pflichtenkollisionen S.21, Hardwig, ZStW 68, 28, Lampe, Unrecht S.262, Gimbernat-Ordeig, Fschr. Henkel S.154 ff, 168 und Kühl, Beendigung S.52 ff; siehe unten Text zu A.
  - 2. Dazu siehe z.B. Schmidhäuser, Fschr.Engisch S.447, Kern, ZStW 64,276 ff, Langer, aaO S.298 f, Münzberg, Verhalten S.83 N.165 und S.114, Schünemann, Fschr. Schaffstein S.170 ff und Stratenwerth, Fschr. Schaffstein S.177 ff; siehe unten Text zu B.
  - 3. Siehe dazu z.B. Kühl, aaO S.52 f. Langer, aaO S. 298 ff, Plate, ZStW 84,317 N.79, Münzberg, aaO S.157, 162, Oehler, Zweckmoment S.66, Rudolphi, Fschr. Maurach S.62 ff, Kienapfel, JZ 72,574, Kern, ZStW 64,276 ff und Amelung, Rechtsgüterschutz S.181.
  - 4. Dazu siehe z.B. Kühl, aaO S.53, 58, Lüderssen, Strafgrund S.131 f, Kern, ZStW 64,270, Langer, aaO S.385 ff und Amelung, aaO S.181 und 205 je m.w.N.

## A     Bedeutung des angegriffenen Rechtsgutes

Von zwei der Art und Weise des Angriffs nach gleichen, das Rechtsgut also jeweils gleich gefährdenden oder verletzenden, und auch dem Umfang der Gefährdung bzw. Verletzung nach gleichen Handlungen hat diejenige den höheren Unrechtsgrad, die sich gegen das höherwertige Rechtsgut richtet: "Jemand zu bestehlen ist eine andere Art von Unrecht, als einen Menschen zu erschlagen."<sup>1</sup>

In diesem Punkt werden bei der Feststellung des tattypischen Unrechts nur selten Schwierigkeiten auftauchen. Die Wertabstufung der Rechtsgüter läßt sich im allgemeinen aus den Strafdrohungen der jeweiligen, zu ihrem Schutz bestimmten Tatbestände entnehmen; welches Rechtsgut angegriffen wird, steht aufgrund der "objektiven Tendenz" der Handlung fest.

Dieser Punkt bereitet auch bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der Regel keine Schwierigkeiten, da sich sowohl die Täter- als auch die Teilnehmerhandlung gegen dasselbe Rechtsgut richten<sup>2</sup>. Dieser Gesichtspunkt der Unrechtsabstufung spielt aber bei der Frage der Haftung für Exzesse eines Tatbeteiligten eine maßgebliche Rolle.

---

1. Hardwig, ZStW 68,28 f; zu dieser Form der Unrechtsabstufung siehe auch Amelung, aaO S.201 ff, 243, Langer, aaO S.206 und Gimbernat-Ordeig, Fschr. Henkel S.162 N.21.

2. Dazu siehe unten Text Teil III Kap.1 B.

## B Ausmaß der Verletzung des Rechtsgutes

Je schwerer das angegriffene Rechtsgut verletzt wird, desto größer ist das Unrecht der Tat.

Dieses Problem, das unter dem Stichwort "Erfolgsunwert der Handlung"<sup>1</sup> im Rahmen der Diskussion um die Art des tatbestandlichen Unrechts weitestgehend ausgelotet worden ist<sup>2</sup> und das von Anfang an immer mit der Sonderregelung der Strafbarkeit des Versuchs<sup>3</sup> in Verbindung gebracht worden ist, spielt für diese Untersuchung jedoch nur eine sehr geringe Rolle: da der Erfolg einer Handlung selbst nicht Teil dieser Handlung ist<sup>4</sup>, muß die Täterschaft, definiert als Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung<sup>5</sup>, unabhängig

- 
1. Einen solchen "Erfolgsunwert" bejahen selbstverständlich die Vertreter der objektiven Unrechtslehre (z.B. Baumann, AT S.449 f) aber auch z.B. Krauß, ZStW 76,62, Lampe, Unrecht S.210 ff, Schönke-Schröder-Lenckner, StGB vor §13,58, Stratenwerth, SchwZStr. 79,247 ff und Fschr.Schaffstein S.177 ff, Rudolphi, Fschr.Maurach S.51 ff, 69 ff, Albrecht, Versuch S.80, Schünemann, Fschr.Schaffstein S.170 ff, Krümpelmann, Bagatelldelikte S.92, Backmann, JuS 72,197, Rutz, SchwZStr.89.361 und Montes, Fschr.Welzel S.389 ff; a.A. aber z.B. Armin Kaufmann, Fschr.Welzel S.403, 411, Zielinski, Handlungsunwert S.128 ff; vgl. auch Schaffstein, Fschr.Welzel S.561 f und Seiler, Fschr.Maurach S.80 ff; w.N. siehe oben S.98 N.2.
  2. Neuerdings wieder dazu Schünemann, aaO S.170 ff und Stratenwerth, Fschr.Schaffstein S.177 ff.
  3. Siehe z.B. Welzel, Strafrecht S.192 ff, Maurach, AT S.505; auch Stratenwerth, SchwZStr.79,235 f, Rudolphi aaO S.53; ähnlich auch Schaffstein, Fschr. Welzel S.562; vgl. auch Montes, aaO S.391, Scheurl, Rücktritt S.30 und Albrecht, aaO S.73 ff m.w.N.
  4. Siehe dazu z.B. Maihofer, Handlungsbegriff S.70 und Münzberg, Verhalten S.24 ff je m.w.N.
  5. Siehe oben S.7 f.

vom Eintritt des Handlungserfolges bestimmbar sein, und zwar gleichgültig, welche Art "Erfolg" im Tatbestand näher beschrieben ist.

Daraus aber läßt sich weiter ableiten: ist bei einem Verbrechen oder Vergehen überhaupt das Stadium des Versuchs denkbar, unabhängig also davon, ob eine Strafandrohung für den Versuch vorgesehen ist, dann muß in dem Zeitpunkt, in dem das Geschehen aus der Vorbereitungsphase in das Versuchsstadium und damit in den strafrechtsrelevanten Bereich hinübertritt, feststehen, wer von den verschiedenen Tatbeteiligten die tatbestandsspezifische Unrechtshandlung vornimmt, wessen Handlung also die Rechtsgutsverletzung herbeizuführen droht.

Aus diesem Grund ist Roxin beizupflichten, wenn er darlegt, daß die Abgrenzung der Beteiligungsformen beim unvollendeten Delikt nicht anders vorgenommen werde als beim vollendeten<sup>1</sup>..

Der Eintritt des Erfolges hat auf die Stellung der Tatbeteiligten als Täter oder Teilnehmer somit keinen Einfluß. Folglich ist es für diese Untersuchung letztlich gleichgültig, ob der Erfolg das begangene Unrecht erhöht oder nicht: die Täter- und Teilnahmelehre bezieht sich lediglich auf den handlungsabhängigen Teil der Unrechtslehre, auf das "Handlungsunrecht" also.

---

1. Täterschaft S.452 ff, 456; Roxin selbst wechselt jedoch das Abgrenzungskriterium, indem er einmal den Standpunkt ex ante, zum anderen aber denjenigen ex post für maßgeblich hält; siehe dazu unten Teil III Kap.1 D a.E.



## C Die Art und Weise der Rechtsgutsverletzung

Der besondere Unrechtsgehalt einer Handlung kann sich auch aus einer positiven Einstellung des Handelnden zu der bevorstehenden Rechtsgüterverletzung oder aus der schon äußerlich hervorgehobenen Art des Rechts-  
gutsangriffs ergeben. Daß dies nicht einhellige Meinung ist, ist eigentlich erstaunlich, da jedes Delikt eine Form gemeinschaftswidrigen, egoistischen Verhaltens darstellt: ein solches Verhalten kann noch egoistischer - und damit strafwürdiger - erscheinen, wenn eine bestimmte innere Haltung hinter diesem Tun steht.

1. Schon bei der Darstellung der traditionellen Unrechtslehre ist die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen erwähnt worden<sup>1</sup>. Wenn an dieser Stelle auf jene Ausführungen wieder zurückgegriffen wird, dann deshalb, weil nunmehr konkrete Angaben zu diesen Elementen gemacht werden können:

Nehmen wir das Beispiel der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Da das Recht eine allgemeine Güterzuordnung bestimmt, die der Handelnde nicht einseitig verändern kann bzw. nicht ändern können soll, widerspricht allein die Vornahme einer Handlung, die objektiv auf die Wegnahme eines fremden Gegenstandes abzielt, dieser Güterordnung. Die Handlung ist daher rechtswidrig (§858 BGB), wobei es auf die innere Einstellung des Handelnden zu seiner Tat

---

1. Siehe dazu oben S.18 ff.

gar nicht ankommt, er also wie z.B. im vielzitierten Fall des Gasthausbesuchers, der versehentlich einen fremden Mantel anzieht<sup>1</sup>, seine Tat als Wegnahmehandlung gar nicht erkannt zu haben braucht.

Das Strafgesetzbuch bedroht jedoch nicht schon jede rechtswidrige, sondern nur bestimmte, besonders hervorgehobene und markante rechtswidrige Handlungen mit Strafe. Es stellt mit anderen Worten nur besonders strafwürdige Beispiele rechtswidrigen Verhaltens unter Strafandrohung. Wegen dieses "fragmentarischen Charakters des Strafrechts", dieser "Lückenhaftigkeit" bzw. dieser "sekundären Natur" des Strafrechts, bekannt auch unter dem Stichwort "Subsidiaritätsprinzip"<sup>2</sup>, ist ein Rechtsgut nicht notwendig gegen jeden Angriff von dritter Seite durch das Strafgesetzbuch geschützt, sondern häufig lediglich gegen bestimmte Angriffsweisen bestimmter Angreifer<sup>3</sup>.

So ist denn auch das Rechtsgut "Eigentum" - abgesehen von der Abwehrmöglichkeit des §32 StGB - durch das Strafgesetzbuch nicht gegen jede Wegnahme, d.h. gegen jede objektivierte Gefährdung der Eigentümerposition, geschützt. Es wird nicht einmal gegen jede bewußte Wegnahme einer fremden beweglichen Sache Schutz geboten. Ein solcher Schutz schon gegen die Wegnahmehandlung ist vielmehr nur für bestimmte Gegenstände wegen der mit der unbefugten Benutzung verbundenen

---

1. Dazu siehe z.B. Oehler, Zweckmoment S.77.

2. Siehe z.B. Roxin, Kriminalpolitik S.23 f, Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S.136, Schünemann, Grenzen S.90,221, Arthur Kaufmann, F Schr.Henkel S.89 ff, 103, Lüderssen, ZStW 85,293 und N.15, Maiwald, F Schr. Maurach S.9 ff und Kühl, Beendigung S.51.

3. Vgl. Maiwald, aaO S.9 ff; siehe auch Roxin, ZStW 83,403, Oehler, aaO S.77 und Herzberg, ZStW 82,918.

typischen Gefährlichkeit bestimmt. Im übrigen wird das Eigentum nur geschützt gegen bewußte Wegnahmehandlungen, die in Zueignungsabsicht begangen worden sind. Lediglich diese eine Angriffsart ist also vom Gesetzgeber als derart sozialschädlich empfunden worden, daß sie die Rechtsfolge "Strafe" nach sich ziehen soll.

Damit gehört die Zueignungsabsicht zum "spezifisch strafrechtlichen Unrecht" der Diebstahlsbestimmung<sup>1</sup>.

Das zur Zueignungsabsicht Ausgeführte gilt entsprechend für sämtliche "subjektiven Unrechtselemente", auf deren genaue Abgrenzung hier jedoch verzichtet werden kann, weil diese Frage außerhalb der Themenstellung liegt. Es spricht aber viel dafür, daß die subjektiven Elemente die Schuld einer Handlung nur deshalb erhöhen, weil sie schon das Unrecht der Tat erhöht haben<sup>2</sup>. Eine Handlung, begangen aus der im Tatbestand umschriebenen Motivation bzw. Absicht heraus, wird von der Rechtsgemeinschaft als sozialschädlicher

- 
1. Das ist der Sache nach heute ziemlich unbestritten; siehe z.B. Stöger, Versuch S.49, Preuß, Untersuchungen S.200 f, Kienapfel, JZ 72,571, Nowakowski, JBl 72,19 ff; neuerdings zählt wohl auch Schmidhäuser, Fschr.Engisch S.446 ff diese Elemente zum Unrechtstatbestand; w.N. oben S.23 N.1; a.A. aber z.B. Oehler, Zweckmoment S.131 ff, Jerusalem, ZStW 80,881 ("Man spricht von subjektiven Unrechtselementen, obwohl sie ihrem Wesen nach nicht hierher gehören.") und H.Mayer, AT S.64; w.N. oben S.19 N.5.
  2. Vgl. z.B. Hardwig, ZStW 68,25 f, Stratenwerth, Fschr.v.Weber S.188 und Schweikert, Wandlungen S.137 ff; demgegenüber zählte Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S.217 ff alle diese Elemente zum Bereich der Schuld, wovon er allerdings teilweise abgerückt ist - Fschr.Engisch S.446 ff; dazu siehe auch Langer, Sonderverbrechen S.343 ff und 354 ff.

gewertet als diejenige, der andere Beweggründe unterliegen. Die im Tatbestand umschriebene Absicht bzw. Motivation erhöht also - dies ist offenbar die Wertung des Gesetzgebers - den Unrechtsgehalt der Handlung<sup>1</sup>.

2. In seiner Verteidigung der objektiven Unrechtslehre führte Nowakowski aus: "Entweder man hält an einer rein objektiven Bestimmung der Rechtswidrigkeit fest; dann gibt es keine subjektiven Unrechtselemente. Oder man schlägt alle Verbrechenselemente zum Unrecht, die als Eigenschaft der Angriffshandlung gedacht werden können; dann werden nicht nur bestimmte Gesinnungen, Motive und Ziele rechtswidrigkeitserheblich, sondern auch die Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit der Handlung."<sup>2</sup>

Da schon oben dargelegt wurde, daß es nicht möglich ist, die subjektiven Elemente im Bereich der Schuld zu belassen, weil sie das Unrecht einer rechtswidrigen Handlung erhöhen<sup>3</sup>, ergibt sich aus der von Nowakowski aufgezeigten Alternative auch unsere Stellungnahme zur dogmatischen Einordnung des Vorsatzes.

Nicht also aus dem Handlungsbegriff, sondern aus der Natur des Unrechts ergibt sich die Folgerung, daß der Vorsatz dem subjektiven Tatbestand zuzuordnen

- 
1. So z.B. Lampe, ZStW 79,501 und Unrecht S.243 ff, Plate, ZStW 84,317 N.79, Sieverts, Beiträge S.125 ff, Schweikert, aaO S.144 ff, Wessels, AT S.43, Hall, F Schr.H.Mayer S.40, Kienapfel, JZ 72,571, Kühl, Beendigung S.53 und Bockelmann, AT S.57; w.N. oben S.23 N.1 und S.166 N.1.
  2. ZStW 63,313 f; Nowakowski hat allerdings inzwischen seine Auffassung revidiert; siehe JB1 72,19 ff.
  3. Siehe oben S.18 ff und 164 ff.

ist, daß also auch der Vorsatz zum "spezifisch strafrechtlichen Unrecht" der Vorsatzdelikte gehört<sup>1</sup>. Zur Begründung dieser These ist zum einen hinzuweisen auf die strukturelle Ähnlichkeit des Vorsatzes mit den oben behandelten Motivationen und Absichten. Dies hat auch Stratenwerth schon betont: "In ihrer sachlichen Struktur dem Vorsatz am nächsten stehen die besonderen Absichten, deren es bei vielen Straftatbeständen bedarf."<sup>2</sup> Rechtswidrig ist z.B. jede auf eine Sachbeschädigung objektiv tendierende Handlung; strafwürdig ist jedoch nur diejenige Tat, die (zusätzlich) von einem entsprechenden Vorsatz getragen wird.

Zum anderen ergibt sich die oben aufgestellte These daraus, daß Vorsatzdelikte in ihrer Struktur - soweit von dieser die Rechtswidrigkeit der Handlung abhängt - identisch sind mit den Fahrlässigkeitsdelikten<sup>3</sup>: "Die Verletzung der Sorgfaltspflicht ist aber beim Vorsatzdelikt nicht nur vorhanden, sie ist für das Unrecht<sup>4</sup> auch konstitutiv."<sup>5</sup> "Im Vorsatz ist also die Fahrlässigkeit enthalten."<sup>6</sup>

- 
1. So heute wohl die h.M.; siehe z.B. Roxin, ZStW 74, 548 f, v.Bubnoff, Entwicklung S.153, Krauß, ZStW 76,52, Lampe, Unrecht S.78 ff, Kühl, aaO S.53 und Schöнке-Schröder-Lenckner, StGB vor §13,54 m.w.N.
  2. Stratenwerth, AT Rn.312.
  3. Ebenso z.B. Jakobs, Studien S.47 und 71.
  4. Hier müßte es nach unserem Sprachgebrauch "Rechtswidrigkeit" heißen.
  5. Herzberg, Unterlassung S.244; so neuerdings auch Schmidhäuser, Fshr.Schaffstein S.148, 155 und Jakobs, aaO S.47 und 71 sowie GA 71,260.
  6. Jakobs, GA 71,260; siehe auch Maiwald, ZStW 78,54 und ZStW 86,645, Krauß, ZStW 76,48, Rutz, SchwZStr. 89,377 und Langer, Sonderverbrechen S.352; a.A. aber z.B. Bockelmann, Untersuchungen S.52; w.N. bei Herzberg, aaO S.244.

Ganz deutlich machte dies schon Krauß, als er ausführte, der Erfolg werde dem Handelnden nicht schon dann zugerechnet, "wenn er sich als Realisierung des Verwirklichungswillens darstellt und als Konsequenz des Täterwillens auch vorhersehbar war. Gegenstand des Unrechtsvorwurfs wird der Erfolg in jedem einzigen Fall nur unter der Voraussetzung, daß die Rechtsordnung unabhängig von den persönlichen Absichten und Motiven des Täters in der konkreten Situation ein Andershandeln geboten hat, daß also das Willensverhalten sich als Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht darstellt."<sup>1</sup>

Besteht aber die Rechtswidrigkeit einer Handlung schon aufgrund der "Verletzung der objektiven Sorgfalt", dann bedeutet das (zusätzlich erforderliche) subjektive Element "Vorsatz" jenes Plus an Sozialschädlichkeit bzw. Gemeinschaftswidrigkeit, dessentwegen eine höhere Strafe als diejenige für die fahrlässige Begehung bzw., wenn die fahrlässige Begehungsweise nicht unter Strafdrohung gestellt ist, dessentwegen die Rechtsfolge "Strafe" eintreten soll.

Der unterschiedliche Strafraum von Totschlag und fahrlässiger Tötung ist daher sinnvoll erklärbar, wenn man nicht nur einen Unterschied im Schuldgehalt beider Taten annimmt, sondern davon ausgeht, daß beim Totschlag höheres Unrecht und daraus resultierend

---

1. ZStW 76,47; zustimmend z.B. Herzberg, aaO S.244; vgl. auch Jakobs, aaO S.47, 87 und GA 71,260 sowie Roxin, F Schr.Honig S.144; a.A. wohl Zipf, ZStW 82,633, der ausführt, die "Sozialadäquanz" könne nicht Deckmantel für absichtliche Rechtsverletzungen sein; in den von Zipf gemeinten Fällen dürfte jedoch entgegen seiner Auffassung kein vollendetes, sondern nur ein versuchtes Delikt vorliegen; siehe auch Wolter, Verurteilung S.178 N.164.



gesteigerte Schuld vorliegt<sup>1</sup>. Diese Ansicht müßte auch schon deshalb einleuchten, weil der objektive Tatbestand der beiden Vorschriften derselbe ist und der Erfolgsunwert - "corpus delicti" - bei vorsätzlicher und fahrlässiger Tötung, aber auch bei Tötung in Notwehr oder in Wahrnehmung überwiegender Interessen etc. immer der gleiche ist<sup>2</sup>, wobei die bewußte Tötung aber natürlich in ganz anderem Maße als sozial-schädlich zu bewerten ist als eine unbewußte<sup>3</sup>. Somit ist mit der nunmehr wohl h.M.<sup>4</sup> davon auszugehen,

1. Vgl. dazu z.B. Hardwig-Buschendorf, JZ 67,87, Hardwig, ZStW 68,29 ff, Schweikert, Wandlungen S.137,147, Gimbernath-Ordeig, Ftschr.Henkel S.161 N.21 und Langer, aaO S.352 (Plus-Minus-Verhältnis); demgegenüber halten Schmidhäuser, Vorsatzbegriff S.29 und Engisch, Ftschr.Rittler S.181 daran fest, daß lediglich ein Fall gesteigerter Schuld vorliege.
2. Ebenso Münzberg, Verhalten S.6 N.13; auch Roxin, Täterschaft S.164 und Jakobs, Studien S.50.
3. So auch Hardwig, Zurechnung S.184; siehe auch Langer, aaO S.343.
4. So außer den Finalisten, die diese Folgerung schon aus dem Handlungsbegriff herleiten zu können glauben, z.B. Jescheck, Ftschr.E.Wolf S.475 ff, Roxin, ZStW 83,379 und ZStW 80,716, Gallas, ZStW 67,44 ff, Wesels, AT S.42 f, Lampe, ZStW 79,501, Hardwig, ZStW 68,21 N.11, Bockelmann, AT S.54 ff, Nowakowski, JBl. 72,22 ff, Münzberg, aaO S.162, Ambrosius, Vorsatzabgrenzungen S.89, Blauth, Handeln S.101. Preuß, Untersuchungen S.202, Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.29 und Gimbernath-Ordeig, aaO S.153 N.4; w.N. oben S.168 N.1; zum Schuldbereich zählen den Vorsatz z.B. Stöger, Versuch S.44, Oehler, Zweckmoment S.84, Baumann, AT S.394 ff, Wegner, AT S.137, Jerusalem, ZStW 80,883 ff, H.Mayer, AT S.116 ff, Roeder, Einhaltung S.69 f und Maihofer, Ftschr.Henkel S.77; eine Sonderstellung nimmt die Schmidhäuser'sche Schule ein, die den Willenstil des Verhaltens dem Unrechtsbereich, den "Restvorsatz" aber der Schuld zuordnet: Schmidhäuser, Vorsatzbegriff S.23 ff und AT S.394 ff, Plate, ZStW 84,305 und Langer, aaO S.299 ff, 351 N.225, 356 ff und 372 N.271.



daß der Vorsatz als der unmittelbar gegen den Normbefehl gerichtete Handlungswille das "Kernstück des personalen Handlungsunrechts"<sup>1</sup> ist.

Das Argument von der "Entleerung der Schuld", das häufig gegen diese Ansicht vorgebracht wird, erscheint nicht als durchschlagend: zum einen steht eine Wertung des Vorsatzes im Unrechtsbereich einer Wertung auch im Bereich der Schuld nicht entgegen<sup>2</sup>. Zum anderen erscheint diese "Entleerung der Schuld" mit den Vorschriften der §§20 ff StGB ohne weiteres vereinbar, da die Schuldfähigkeit gerade nicht von der Fähigkeit zum vorsätzlichen Verhalten abhängig gemacht worden ist<sup>3</sup>.

Soweit ein Delikt nur vorsätzlich begiehbar ist, ist der Vorsatz somit Erfordernis des tattypischen Unrechts, so daß bei fehlendem Vorsatz das tatbestands- typische Unrecht weder eines vorsätzlichen Begehungsdelikts, noch auch dasjenige einer vorsätzlichen Unterlassungstat<sup>4</sup> erfüllt ist. Denn nur die "bewußte

---

1. Jescheck, AT S.216.

2. Sog. "Doppelrelevanz des Vorsatzes"; dazu siehe z.B. Schaffstein, ZStW 57,309, Harwig, ZStW 68,14 ff, Roxin, ZStW 74,554 ff und Kriminalpolitik S.42 f, Roxin-Schünemann-Haffke, Klausurenlehre S.288, Wessels, AT S.31 f, Burkhardt, Rücktritt S.58, Schweikert, aaO S.137 ff und Stratenwerth, Fsch.v.Weber S.188 je m.w.N.; siehe auch Platzgummer, JBl. 71,239, Schmidhäuser, Vorsatzbegriff S.15 ff und Langer, aaO S.347 ff; ablehnend Gimbernat-Ordeig, aaO S.161 N.21.

3. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß ja lediglich eine "Unbekannte" entleert wird; gerade die Vertreter neuerer, soziologisch orientierter Theorien stehen der "Schuld" ohnehin sehr skeptisch gegenüber; gerade vom Boden dieser Theorien aus läßt sich die "Reduzierung" der Schuld auf den Bereich der §§20 f StGB rechtfertigen: schuldhaft handelt derjenige, der sich entgegen seinen Fähigkeiten nicht in der gesollten Art und Weise steuert.

4. Siehe dazu unten Teil II Kap.3 B.

Verursachung" eines tatbestandsmäßigen Erfolges läßt sich als Entscheidung für das Unrecht begreifen<sup>1</sup>.

Die Rechtsgemeinschaft aber differenziert Rechts-  
gutsangriffe danach, ob der Angriff bewußt oder  
infolge Unaufmerksamkeit vorgetragen wird<sup>2</sup>.

3. Die eigenhändigen Delikte, eine in ihrer grundsätz-  
lichen Existenz nahezu unbestrittene<sup>3</sup> Deliktsgruppe,  
gehören in unserer Einteilung der unrechtserhöhenden  
Umstände ebenfalls hierher: sie stellen eine als beson-  
ders intensiv empfundene Art der Rechtsgutsgefährdung  
dar.

Damit setzen wir uns in Widerspruch zu der These  
Roxins, daß die echten eigenhändigen Delikte keine  
"bestimmte Rechtsgüterverletzungen oder -gefährdung,  
sondern eine asoziale Existenzform oder eine Verhaltens-  
weise um ihrer spezifischen Sittenwidrigkeit unter  
Strafe" stellen<sup>4</sup>. Zutreffend hat Bockelmann dagegen  
geltend gemacht, Rechtsgut sei alles, "was der  
Gesetzgeber durch Strafdrohung schützt, mag dies Gut  
auch in weiter nichts als dem Wunsch bestehen, daß die  
mit Strafe bedrohten Handlungen unterbleiben."<sup>5</sup>

---

1. So z.B. Roxin, JuS 64,59 und ZStW 83,391 f, Grün-  
wald, F Schr.H.Mayer S.287, Hardwig, Zurechnung  
S.184 und Lampe, Unrecht S.253 f.

2. Vgl. Langer, aaO S.300.

3. Ablehnend aber z.B. Roeder, ZStW 69,250 und Eb.  
Schmidt, Fgabe Frank II S.119, 128 f; Unklarheit  
besteht insbesondere über die Reichweite der "eigen-  
händigen Delikte"; dazu siehe Roxin, Täterschaft  
S.399 ff und JZ 66,296 f sowie Herzberg, ZStW 82,  
896 ff je m.w.N.

4. JZ 66,297.

5. Ged.schr.Radbruch S.244; siehe dazu auch Zielinski,  
Handlungsunwert S.125, Krümpelmann, Bagatelldelikte  
S.70 ff und Amelung, Rechtsgüterschutz S.208 ff,  
281 ff und 394 m.w.N.

Roxin ist zwar zuzugeben, daß das Strafrecht sich auf die Bestrafung gemeinschaftsschädlicher Verhaltensweisen beschränken sollte. Dies ist jedoch eine Frage der Kriminalpolitik, nicht aber eine solche des Rechtsgutsbegriffs, was auch an Roxins Forderung, der Gesetzgeber könne auf eigenhändige Straftaten ganz verzichten, deutlich wird<sup>1</sup>. Es bleibt festzuhalten, daß "eigenhändige Delikte" rechtsgutsverletzende Handlungen sind, die durch die Art des Rechtsangriffs als besonders verwerflich empfunden werden.

Bei diesen Delikten handelt es sich wenigstens zum Teil um "Jedermanndelikte"<sup>2</sup>, eine besondere "Qualifikation" des Täters bzw. eine besondere Nähe des Angreifers zum angegriffenen Rechtsgut<sup>3</sup> ist demnach nicht das die eigenhändigen Delikte von anderen Deliktgruppen unterscheidende Kriterium<sup>4</sup>.

Versucht man das diese Deliktgruppe auszeichnende Merkmal herauszuarbeiten, dann genügt natürlich eine Definition wie z.B. "eine Straftat kann nur eigenhändig begangen werden, wenn die Tatbestandsbeschreibung

- 
1. aaO S.447; vgl. auch H.Mayer, Lehrbuch S.52 und Amelung, aaO S.262 f; Strafvorschriften ohne Rechts-  
gutsbeziehung halten aber auch z.B. Jescheck, AT S.  
195, Blauth, Handeln S.66 f und Busse, Täterschaft  
S.53 ff für möglich; siehe dazu auch Herzberg, ZStW  
82,908, Hardwig, JZ 65,669 und Langer, aaO S.274,  
der ein Delikt trotz Vorliegens einer Strafdrohung  
für den Fall verneint, daß ein "Unwertsachverhalt"  
nicht gegeben ist: damit macht sich aber der Beur-  
teiler zum Gesetzgeber.
  2. Ausdruck von Herzberg, ZStW 82,920.
  3. Dazu siehe unten Text zu D.
  4. Herzberg, ZStW 82,920; vgl. auch Langer, aaO S.390 ff,  
wonach das Unrecht des Sonderverbrechens aus "Gemein-  
und Sonderunrecht" gebildet wird; bei eigenhändigen  
Delikten - so müßte man in seiner Diktion sagen -  
liegt lediglich "Gemeinunrecht" vor.

eigenhändige Begehung verlangt"<sup>1</sup> nicht, da in dieser Definition das entscheidende Kriterium gerade nicht genannt wird. Weiterhelfen könnte hier die Definition Roxins: danach ist eigenhändig ein Delikt dann, wenn aus "der Tatbestandsbeschreibung sich eine - zwar jeden Adressaten treffende - höchstpersönliche eigene Pflicht ergibt."<sup>2</sup> Denn wenn jede Straftat eine Pflichtverletzung darstellt, weil im Bereich des Strafrechts rechtswidriges Verhalten nur als pflichtwidriges Handeln sinnvoll begreifbar ist<sup>3</sup>, dann erscheint das von Roxin hervorgehobene Merkmal der "höchstpersönlichen Verpflichtung" als zutreffende Charakterisierung einer "Eigenhändigkeit" des Delikts<sup>4</sup>. Auch diese Definition führt jedoch nicht viel weiter, da auch hier die entscheidende Frage noch offen bleibt: wann beschreibt der Tatbestand eine höchstpersönliche Verpflichtung? Lediglich in diesen "Niederungen der Konkretisierung, nicht schon in der Höhe der Abstraktion ist die Problematik aber wirklich kontrovers.

Wie das genannte Merkmal im einzelnen auszufüllen ist, kann jedoch - da es im Rahmen dieser Untersuchung darauf nicht entscheidend ankommt - offenbleiben<sup>5</sup>.

Hier ist es lediglich wichtig festzustellen, daß der Gesetzgeber nicht in jedem Fall auf einen "Rundumschutz" für das Rechtsgut abzielt. Dies wirkt sich

---

1. H.Mayer. AT S.153; auch Blei, AT S.66.

2. aaO S.392 ff und JZ 66,296.

3. Siehe oben S.49 ff; grundlegend dazu Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935.

4. Siehe Roxin, aaO S.392 ff und JZ 66,296; vgl. zu §§ 153 ff StGB z.B. Bockelmann, AT S.173: "Die Wahrheitspflicht ist eine persönliche Pflicht des Aussagenden" und zu § 185 StGB z.B. Herzberg, ZStW 82,941, Roxin, aaO S.380 ff, 390 f sowie Schünemann, Grenzen S.215.

5. Dazu eingehend Herzberg, ZStW 82,920 ff, JuS 74,240 f.

bei den eigenhändigen Delikten in der Weise aus, daß nur derjenige das tatbestandstypische Unrecht begeht, der die im Tatbestand beschriebene oder vorausgesetzte "höchstpersönliche Pflichtverletzung" begeht<sup>1</sup>. Denn "der Gesetzgeber hat hier im Unrechtstatbestand unter allen Möglichkeiten rechtsgutsverletzenden Verhaltens nur solche erfaßt, in denen der Täter unmittelbar die Tat begeht."<sup>2</sup>

Diese unterschiedliche Struktur des tatbestandsmäßigen Unrechts von eigenhändigen und Sonderdelikten hat Konsequenzen auch für die Möglichkeiten täterschaftlichen Verhaltens: da Täterschaft Vornahme der unrechtstypischen Handlung ist<sup>3</sup>, können eigenhändige Delikte nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden<sup>4</sup>.

- 
1. Da Herzberg, ZStW 82,920 ff einen Weg zur direkten Bestimmung des Merkmals "Eigenhändigkeit" gewiesen hat, erscheint die These Langers, Sonderverbrechen S.35: "Eine Begriffsbestimmung etwa der eigenhändigen Delikte ohne Rückgriff auf die Figur der (mittelbaren) Täterschaft" sei nicht möglich, als unzutreffend.
  2. Schmidhäuser, AT (1.Aufl.,1970) S.426.
  3. Siehe oben S.7 f.
  4. Siehe unten Text Teil III Kap.2 B 5c; vgl. auch Herzberg, ZStW 82,914 ff, 919; dies ist wohl auch der Sinn der Einordnung dieser Delikte als "unechte eigenhändige Delikte" durch Roxin, aaO S.393; insoweit zutreffend Gallas, Fschr.Engisch S.612 ff, 615 N.62.

D     Die Stellung des Angreifers zum angegriffenen  
         Rechtsgut

Zwei der Art und Weise des Rechtsgutsangriffs nach gleiche, dasselbe Rechtsgut jeweils gleich gefährdende bzw. verletzende Handlungen können dennoch unterschiedlichen Unwert haben. Denn "den typischen Unrechtsgehalt des jeweiligen Delikts erhält man erst, wenn man zusieht, gegen welche Angriffe seitens welcher Personen das Rechtsgut im Tatbestand geschützt wird."<sup>1</sup>

Da dieser Aspekt der Unrechtsmodifizierung bzw. -steigerung auch für die Täterlehre Bedeutung hat, ist nunmehr zu untersuchen, in welcher Weise die Stellung des Angreifers zum angegriffenen Rechtsgut den Unwertgehalt der Tat beeinflussen kann.

Untersucht man z.B. den Unrechtsgehalt einer Rechtsbeugung, dann wird schnell deutlich, daß die Rechtsgutsverletzung allein nicht das deliktstypische Unrecht ausmachen kann: der Laienrichter, der bei der Entscheidung eines Rechtsstreits vorsätzlich das Recht zugunsten oder zum Nachteil einer Partei beugt, wurde von der Vorschrift des §336 StGB a.F. nicht erfaßt. Zwar hat er mit seiner Handlung das Rechtsgut dieser Vorschrift verletzt, denn es gibt "keine auf grund ihrer Natur nicht von allen Rechtsunterworfenen verletzbaren Schutzobjekte."<sup>2</sup>

- 
1. Kühl, Beendigung S.58; vgl. auch Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S.115 f, Lüderssen, Strafgrund S.131 f und Amelung, Rechtsgüterschutz S.205.
  2. Langer, Sonderverbrechen S.247; gegen die These eines "Sonderrechtsguts" (so z.B. Franzheim, Teilnahme S. 22) Langer, aaO S.51 f, 190 ff und 245 ff.



Der Laienrichter hat auch vorsätzlich, d.h. mit der erforderlichen Intensität, gehandelt. Es fehlte jedoch an dem in §336 StGB a.F.<sup>1</sup> besonders normierten "Tätermerkmal"<sup>2</sup>. Über die Bedeutung dieser "Tätermerkmale" besteht jedoch keine Einigkeit:

So wird z.B. vertreten, daß es sich dabei um ganz gewöhnliche Tatbestandsmerkmale handle. Nach der Auslegung von z.B. Nowakowski "wer bewirkt, daß ein Sonderpflichtiger ..." <sup>3</sup> unterscheiden sich folglich die Sonderverbrechen von anderen Deliktsgruppen nur dadurch, daß Alleintäterschaft des "Extranen" nicht möglich sei <sup>4</sup>. Demgegenüber gilt es jedoch festzuhalten, daß es sich bei der mittelbaren Täterschaft um echte Täterschaft handelt <sup>5</sup>, daß also auch nicht mittelbarer Täter sein kann, wer nicht Alleintäter sein kann <sup>6</sup>. Folglich kann ein Extraner auch nicht mittelbarer Täter sein <sup>7</sup>.

Weiter ist die Ansicht vertreten worden, daß die Sonderdelikte nur einen begrenzten Adressatenkreis hätten, daß das Merkmal der Sonderverbrechen also die

- 
1. Diese Inkonsequenz ist inzwischen durch §336 StGB n.F. beseitigt worden.
  2. Daß besondere "Tätermerkmale" das Kriterium der Sonderverbrechen seien, vertrat z.B. Mezger, LK (8.Aufl.) vor §47,5b; w.N. bei Wiesenen, Verantwortlichkeit S.117 f mit der zutreffenden Kritik, daß es sich bei den "Tätermerkmalen" gerade nicht um besondere persönliche Eigenschaften des Täters handle; dagegen auch Lauenstein, Verbrechenversuch S.10 und 95.
  3. JZ 56,550 N.83; dagegen zutreffend Herzberg, ZStW 82,918: Analogie.
  4. So z.B. Piotet, ZStW 69,38 und Roeder, ZStW 69,239 f; w.N. bei Langer, aaO S.115 ff.
  5. Dazu eingehend unten Teil III Kap.2.
  6. Langer, aaO S.210 und Roxin, Täterschaft S.353 f.
  7. Dazu siehe auch unten Teil III Kap.2 B 6.



"Sondernorm" sei<sup>1</sup>.

Schließlich sieht eine große Anzahl von Autoren das Wesen der Sonderdelikte in der Verletzung einer besonderen Pflichtenstellung<sup>2</sup>. Soweit dabei ausgeführt wird, daß es außerstrafrechtliche Pflichten seien, die verletzt würden<sup>3</sup>, ist demgegenüber aber festzuhalten, daß die Pflicht schon allein durch ihre Aufnahme in den "Tatbestand" der Strafnorm zu einer strafrechtlichen Pflicht wird, daß also im Bereich des Strafrechts rechtliche Pflichten verletzt werden müssen, wenn die Rechtsfolge "Strafe" eintreten soll<sup>4</sup>.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn all diesen Abgrenzungsversuchen im einzelnen nachgegangen würde, die zum Teil lediglich für gewisse Erscheinungs-

- 
1. So z.B. Roeder, ZStW 69,239, Kohlrausch-Lange, StGB vor §43,VI, Nagler, Teilnahme S.7 ff und Blauth, Handeln S.60 ff; vgl. auch Zielinski, Handlungsunwert S.181; w.N. bei Langer, aaO S.52 ff und Wiesener, aaO S.114 f; gegen die Abgrenzung nach dem Adressatenkreis zutreffend Armin Kaufmann, Normentheorie S.129 ff, 133 ff, Langer, aaO S.254 ff, Engisch, Ffschr. DJT Bd.I S.415 und Wiesener, aaO S.114 f m.w.N.
  2. So z.B. Roxin, Täterschaft S.352 ff, 380 ff und ZStW 84,1008 f, Zielinski, aaO S.181, Stratenwerth, AT Rn.196, Welzel, ZStW 58,522, Armin Kaufmann, aaO S.135 f und Roeder, ZStW 69,253; w.N. bei Wiesener, aaO S.119 ff und Langer, aaO S.55 ff, 194 ff; vgl. auch Jescheck, Ffschr.E.Wolf S.476, Herzberg, ZStW 82,916, Engisch, Ffschr.Gallas S.600 und Lauenstein, aaO S.80 und 95.
  3. So z.B. Roxin, Täterschaft S.354 und Blauth, aaO S.77; so aber auch besonders im Bereich der Diskussion um die Herkunft der Garantenstellung bei den unechten Unterlassungsdelikten; dazu siehe insbesondere Schünemann, Grenzen S.217 ff, Langer, aaO S.194 ff und Herzberg, Unterlassung S.209 ff je m.w.N.
  4. Vgl. auch Wiesener, aaO S.123 ff und Herzberg, aaO S.215; auch Wagner, Amtsverbrechen S.72.

formen des Verbrechens vorgenommen worden sind wie z.B. in der Definition, daß bei den Sonderverbrechen nur ein bestimmter Personenkreis die Tat vollenden könne<sup>1</sup>. Eine ausführliche Stellungnahme zu diesen, sich teilweise überschneidenden und teils in sich widersprüchlichen Definitionsversuchen erscheint schon deshalb nicht erforderlich, als Langer<sup>2</sup> und Wiesener<sup>3</sup> die einzelnen Lösungsansätze schon einer gründlichen Kritik unterzogen haben. Auf diesen Arbeiten kann somit aufgebaut werden<sup>4</sup>. Hier soll daher lediglich die eigene Konzeption kurz dargestellt werden, wobei im Rahmen dieser Arbeit nur die "echten Sonderverbrechen" interessieren, d.h. diejenigen, bei denen "das korrespondierende Gemeinunrecht nicht selbständig vertatbestandlich ist"<sup>5</sup>, da nur im Bereich der echten Sonderverbrechen die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme wirklich kontrovers ist.

Sonderverbrechen, wozu auch die Unterlassungsdelikte zu zählen sind<sup>6</sup>, sind dadurch gekennzeichnet, daß sie das Unrecht modifizieren<sup>7</sup>; "die das Sonderunrecht konstituierende Modifizierung unterscheidet sich eben qualitativ vom Gemeinunrecht."<sup>8</sup> Diese Modifikation

---

1. So z.B. Bruns, Täter S.5 und Lauenstein, aaO S.114; der Sache nach auch Hall, F Schr.E.Wolf S.470.

2. aaO S.25 ff und 74 ff.

3. aaO S.114 ff.

4. Neuerdings mit anderem Ansatz Wagner, aaO S.157 ff.

5. Langer, aaO S.476.

6. So z.B. Roxin, aaO S.458 ff, Blauth, aaO S.113, Wiesener, aaO S.122, Welzel, Strafrecht S.208 f, Armin Kaufmann, Dogmatik S.305, Langer, aaO S.500 f und Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor §25,79 ff; vgl. auch Herzberg, Unterlassung S.53 und 55 ff.

7. Vgl. Langer, aaO S.391 ff, Kern, ZStW 64,270 und Hardwig, GA 57,170 ff.

8. Langer, aaO S.393.

kann ein schon ohne dieselbe strafwürdiges Verhalten als noch strafwürdiger oder als nicht mehr bzw. weniger strafwürdig - bei den unechten Sonderdelikten, soweit die Pflichtenstellung strafferhöhend bzw. unrechtsmindernd wirkt - erscheinen lassen; teilweise - nämlich bei den echten Sonderverbrechen - bewirkt die Modifikation aber auch, daß ein ohne dieselbe trotz seiner Rechtswidrigkeit nicht für strafwürdig erachtetes Verhalten nunmehr als strafwürdig erscheint<sup>1</sup>. So dürfte auch nach dem alten Rechtszustand die "Rechtsbeugung" durch den Laienrichter rechtswidrig gewesen sein ebenso wie die Annahme von Schmiergeldern durch Nichtbeamte rechtswidrig ist<sup>2</sup>. Der Ansicht, die Verursachung des Erfolgs eines Sonderdelikts durch einen Außenstehenden sei nicht rechtswidrig<sup>3</sup>, ist folglich zu widersprechen. Strafwürdig bzw. mit Strafe bedroht ist jedoch nicht schon jedes rechtswidrige Verhalten, sondern lediglich die besonders markanten Fälle rechtswidrigen Verhaltens<sup>4</sup>.

Versucht man, die Bedingungen dieser Unrechtsmodifikation in den Griff zu bekommen, dann muß man sich mit dem Phänomen auseinandersetzen, daß der jeweilige Unwert des Verhaltens in seiner Größe von der Beziehung des Täters zum Angriffsobjekt bzw. zum geschützten Rechtsgut (mit-)abhängt<sup>5</sup>.

Diese besondere Beziehung des "Sondersubjekts"<sup>6</sup> zum

---

1. Vgl. dazu Langer, aaO S.395 ff und Kühl, Beendigung S.52 f.

2. Anders wohl Zielinski, Handlungsunwert S.181.

3. N. bei Langer, aaO S.150 ff.

4. Siehe auch oben S.165 m.N.

5. Vgl. z.B. Wiesener, aaO S.128 ff, 147, Nagler, Teilnahme S.9, Lauenstein S.77, Franzheim, Teilnahme S.21 und Langer, aaO S.398 ff.

6. Siehe dazu z.B. Langer, aaO S.400 und Wiesener, aaO S.125.

geschützten Rechtsgut beruht auf einem "besonderen sozialen Einflußbereich"<sup>1</sup>. Kraft dieser "Schlüsselstellung", die - besonders im Bereich der Unterlassungsdelikte - von Wertungen abhängt und die, soweit die gesellschaftliche Wertung im Gesetz selbst nicht festgelegt ist, ihrerseits im Wandel der Zeiten veränderlich ist<sup>2</sup>, hat das Sondersubjekt zwar keine ausschließliche, jedoch eine erleichterte Einwirkungsmöglichkeit auf das geschützte Rechtsgut<sup>3</sup>: das geschützte Rechtsgut bzw. das Rechtsgutsobjekt ist dem Sondersubjekt durch die Rechtsgemeinschaft "überantwortet"<sup>4</sup>; das Sondersubjekt hat eine "im sozialen Leben anerkannte, besondere Verantwortlichkeit"<sup>5</sup> für einen bestimmten Bereich, einen "Aufgabenbereich

---

1. Langer, aaO S.400 f.

2. So gesehen ist die "Erosion" der Garantenstellung aufgrund familiärer Bande nichts anderes als die Erosion der Wertschätzung der Familie selbst bzw. die Anerkennung der Tatsache, daß die Beteiligten den Wert "Familie" anders und weniger verpflichtend empfinden als früher; vgl. Philipps, Handlungsspielraum S.163, der zutreffend die Stärke der Verpflichtung innerhalb sozialer Systeme mit der Identifikation des einzelnen mit dem System korreliert. Insoweit ist die gegenläufige Entwicklung der Garantenstellungen "Familienbande" und "Mutter-Kind-Beziehung" (siehe z.B. Schünemann, Grenzen S.341 f) möglicherweise den soziologischen und psychologischen Untersuchungen über die "Familie" bzw. die "ersten Objektbeziehungen" mehr verpflichtet, als es aus den überwiegend rechtlich orientierten Arbeiten hervorgeht.

3. Vgl. Langer, aaO S.402, Wiesener, aaO S.128, Franzheim, aaO S.21 und Lauenstein, aaO S.77.

4. Langer, aaO S.406; vgl. auch Schünemann, aaO S.241, 280, Schmidhäuser, AT S.666 ff, Wessels, AT S.134 ff, Armin Kaufmann, Dogmatik S.283 ff, Rudolphi, Gleichstellungsproblematik S.101 und Herzberg, Unterlassung z.B. S.215.

5. Herzberg, aaO S.215.

innerhalb der sozialen Ordnung."<sup>1</sup>

Insoweit ist daher Schünemann<sup>2</sup> zu widersprechen, wenn er meint, die Zurechnung ganz allgemein auf das "weitgehend entnormativierte" Herrschaftsmoment gründen zu können. Denn die Zurechnung, gleichgültig ob bei Begehungs- oder Unterlassungsdelikten, gründet sich immer (auch) auf einer Wertung<sup>3</sup>, die den Grund der Zurechnung betrifft. So ist doch die Annahme, daß nur für "beherrschbares Verhalten" gehaftet werden soll<sup>4</sup>, ebenfalls eine Wertung.

Im speziellen Fall der Unterlassungsdelikte ist aufgrund einer Wertung der Rechtsgemeinschaft ein ganz bestimmter sozialer Bereich dem Schutz bzw. der Verantwortung des Sondersubjekts anvertraut worden, wobei das "ob" der Überantwortung sowie deren Reichweite im jeweiligen Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln ist<sup>5</sup>.

Hier ist auch die Lösung des Problems der Garantenstellung aus vorangegangenem Tun zu suchen: bedeutet eine nicht strafwürdige oder nur geringfügig strafwürdige Gefährdung eines Rechtsgutes, daß dasselbe dem Handelnden von der Rechtsgemeinschaft in der

---

1. Wiesener, aaO S.125; vgl. auch Roxin, Kriminalpolitik S.19: "Stellenwert im sozialen Beziehungsverhältnis"; Androulakis, Studien S.162, Hardwig-Buschendorf, JZ 67,87 und der Sache nach auch Lüderssen, Strafgrund S.181 ff differenzieren bei der Einteilung der Garantenstellungen nach der "Nähe zum Rechtsgut"; vgl. auch Bärwinkels Theorie von der "sozialen Rolle" (Struktur S.105 ff, 125 f) sowie Schöne, Erfolgsabwendungen S.16 ff, 19 ff und Busse, Täterschaft S.207 ff, 351 ff.

2. aaO S.241.

3. Insoweit zutreffend die Kritik von Herzberg, aaO S.195.

4. Siehe oben S.49 ff und besonders S.121 ff.

5. Ebenso auch Langer, aaO S.407.

oben geschilderten Weise überantwortet worden ist oder muß nicht die Überantwortung richtigerweise unabhängig von einer vorangegangenen Gefährdung festgestellt werden können? Es geht mit anderen Worten nicht einfach nur darum, daß der "an sich Rechtstreue", der Notwehrer, der nicht strafbare Fahrlässigkeits-täter etc., die im Ansatz straflos geschaffene Gefahr verhindern muß, wenn er der Strafe entgehen will<sup>1</sup>. Vielmehr ist zu fragen, ob eine Garantenstellung schon feststellbar sein muß, während das Geschehen noch regulär abläuft, ob Garantenstellung also Über-

- 
1. So aber Herzberg, JuS 71,76 und Welp, JZ 71,433 f; neuerdings wie Welp Kugler, Ingerenz S.198 ff; gegen die Arbeit Kuglers spricht zum einen, daß er den Strafgrund der Ingerenz - den Eingriff in die fremde Rechtssphäre sowie die "rechtliche Monopolstellung", die auf "sozialer Nähe" beruht (S.128 ff, 205) mehr dekretiert als begründet, und daß er zum anderen unter dem Stichwort "Ingerenz" auch Probleme der Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Teilnahme erörtert, offenbar ohne sich dieser Tatsache bewußt zu sein. Denn wenn Ingerenz nur bei aktiver Schaffung der Gefahr eines nahen Erfolgseintritts gegeben ist, der Hintermann aber mit dem Verhalten des Vordermanns nur "belastet" wird, wenn der Vordermann zur "Selbstverantwortung" nicht fähig ist (aaO S.232 f, 244 und 273 ff), dann liegt doch wohl einer der klassischen Fälle der mittelbaren Täterschaft vor (dazu unten Text Teil III Kap.2 B 7, 8 und 9), nicht aber derjenige der Ingerenz. Dennoch ist der Gedanke der Selbstverantwortung, auf den Kugler im Anschluß an Geilen, JZ 65,469 ff immer wieder abstellt, eine wesentliche Bereicherung der Argumente; vgl. auch das sog. "Verantwortungsprinzip" Roxins (Täterschaft S.147 und Fschr.Lange S. 177; siehe auch Stratenwerth, AT Rn.771 ff und Herzberg, JuS 74,241), das überall "die richtige Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft" ermöglicht (Roxin, Fschr.R.Lange S.177). Auf den Gedanken der Selbstverantwortung wird im dritten Teil der Arbeit zurückgekommen werden.



antwortung bei "sozial-richtig ablaufendem Geschehen" bedeutet<sup>1</sup>, wobei durch "pathologische" Situationen eine derartige Garantenstellung nicht begründet werden könnte<sup>2</sup>.

Das Problem soll hier aber, weil nicht unmittelbar thematisch, nicht weiter verfolgt werden. Festzuhalten bleibt, daß - falls es eine solche Garantenstellung aus vorangegangenen Tun gibt<sup>3</sup> - auch diese aufgrund einer "Überantwortung" eines bestimmten Lebensbereiches an eine bestimmte Person zustande kommt.

Ob einer Person von der Rechtsgemeinschaft diese besondere Schutzfunktion, die auch in der Verantwortlichkeit für bestimmte Gefahrenquellen bestehen kann<sup>4</sup>,

- 
1. Vgl. Roxin, Kriminalpolitik S.19: "Pflichtverstöße im Rahmen eines vorher bestehenden sozialen Beziehungsverhältnisses"; siehe auch ders., JuS 73,200 und Philipps, Handlungsspielraum S.86 N.112, 171 N.224 und 174 ff: "Der Garant muß seine Stellung im System vor dem Eintritt der kritischen Situation bezogen haben."
  2. So z.B. auch Schünemann, Grenzen S.341 ff und GA 74, 231 ff, Schöne, Erfolgsabwendungen S.260 ff, Langer, aaO S.504 ff, 399 N.25, Roxin, ZStW 83,403; Roxin-Schünemann-Haffke, Klausurenlehre S.246; a.A. aber die wohl h.L.; N. bei Kugler, aaO S.154 ff, 187 und Busse, Täterschaft S.192 f, neuerdings wieder Herzberg, Unterlassung S.350 ff und JuS 71,74 ff, Kugler, aaO S.128 ff und Otto, NJW 74,528 ff. Die Problematik ist zum Teil wohl nur deshalb so schwierig, weil die vorsätzliche aktive Begehung häufig nicht nachzuweisen sein wird und die Rechtsprechung sich dann auf die Unterlassungstat "zurückzieht"; zutreffend spricht Pfeleiderer, Garantenstellung S.42 f in diesen Fällen von "Beweisnoturteilen"; vgl. auch Kugler, aaO S.167.
  3. N. oben N.2 und oben S.83 N.3.
  4. Vgl. Androulakis, Studien S.205 ff, Schünemann, aaO S.241 f, 248 ff, 281 ff, Busse, aaO S.253 ff, Herzberg, aaO S.315 ff, 325 ff, Bärwinkel, Struktur S.145 ff, Jescheck, AT S.472 f und Rudolphi, Gleichstellungsproblematik S.103.



zugewiesen worden ist oder nicht, ist durch Auslegung des jeweiligen Tatbestandes festzustellen. Das bedeutet aber: "Das Sondersubjekt ist nie ein beliebiges Mitglied der Rechtsgemeinschaft, sondern stets eine konkrete Person." "Sondersubjekt ist ... eine bestimmte Person nie als solche, für alle denkbaren Beziehungen, sondern immer nur in bezug auf ein bestimmtes Verletzungsobjekt. Die Sondersubjektivität reicht nicht weiter als die Überantwortung."<sup>1</sup> Mit anderen Worten: eine Garantenstellung ist notwendigerweise "Garantenstellung für" einen bestimmten Bereich<sup>2</sup>. Ihre Beziehung zum Schutzbereich ist eine notwendige Eigenschaft der Garantenstellung; ob eine solche besteht oder nicht, läßt sich folglich auch dadurch nachweisen, daß man diese spezifische Schutzbeziehung aufzeigt oder verneint.

Für diese Untersuchung wichtig ist vor allem die Erkenntnis, daß der besondere Unrechtsgehalt eines Sonderdelikts nur dann verwirklicht wird, wenn der Täter innerhalb der oben dargelegten Sonderbeziehung handelt, wenn die Handlung also innerhalb des überantworteten sozialen Bereichs liegt und sie sich als Verletzung der spezifischen, sich aus der Überantwortung ergebenden Pflichtenstellung darstellt<sup>3</sup>.

---

1. Langer, aaO S.410.

2. Die Zweifelsfragen über die Reichweite der Überantwortung sind Gegenstand der zahlreichen Monographien über die "Gleichstellungsproblematik bei den Unterlassungsdelikten".

3. So auch Wiesener, Verantwortlichkeit, S.129, 147; siehe auch Herzberg, aaO S.321, Blauth, Handeln S.55 ff, 75 f, Roxin, Täterschaft S.398, Stöger, Versuch S.61 f, 72, Lauenstein, Verbrechensversuch S.77, 95 und Stratenwerth, AT Rn.196; w.N. bei Wiesener, aaO S.129 ff; vgl. aber auch Wagner, Amtsverbrechen S.57 ff.

Ob die von Roxin für die "Pflichtdelikte"<sup>1</sup> gezogene Folgerung, jedes Unterlassen der Erfolgsabwendung stehe der aktiven Erfolgsherbeiführung gleich, da ein struktureller Unterschied zwischen Begehen und Unterlassen in diesem Bereich nicht anzuerkennen sei<sup>2</sup>, und jede Form der Pflichtverletzung führe daher zur Täterschaft des Qualifizierten, in dieser Allgemeinheit richtig ist, mag hier dahinstehen. Zuzustimmen ist Roxin zumindest für alle diejenigen Fälle, in denen der Gesetzeswortlaut zwischen aktiver Erfolgsbewirkung und passivem Nichtabwenden bzw. Geschehenlassen nicht unterscheidet wie zum Beispiel in den §§ 121, 340, 341, 347 und 357 StGB<sup>3</sup>. Gleichwohl erscheint die Folgerung Roxins als bisher nicht bewiesen: erstens legt Roxin selbst dar, daß die maßgeblichen Kriterien letztlich durch Auslegung des jeweiligen Tatbestandes gewonnen werden müssen<sup>4</sup>, und es erscheint daher nicht als zulässig, aus der Auslegung einzelner Tatbestände gewonnene Erkenntnisse ohne weiteres zu verallgemeinern<sup>5</sup>, zum anderen erscheint gerade im

---

1. Dazu siehe oben S.1 N.4.

2. aaO S.352 ff; siehe auch Schünemann, Grenzen S.378 f.

3. Weitere Vorschriften führt Schöne, Erfolgsabwendungen S.177 ff an; dazu auch Schünemann, aaO S.368 ff; dasselbe muß gelten, wo die Gesetzesauslegung ergibt, daß auch ein Unterlassen tatbestandsmäßig sein kann; ebenso Herzberg, aaO S.52 f, Busse, Täterschaft S.182, Stratenwerth, AT Rn.799 und Roxin, JuS 73,199; vgl. auch Langer, aaO S.179. Die Kritik Langers, aaO S.223 ff an der Ansicht Roxins überzeugt jedenfalls insoweit nicht, als Langer sich auf die Vorschriften der §§ 49a, 50 II StGB a.F. beruft: diese Vorschriften knüpfen an eine schon festgelegte Teilnahmestruktur an und können daher nicht selbst zur Festlegung der Teilnahmeformen herangezogen werden.

4. aaO S.386.

5. Vgl. auch Schroeder, Täter S.86, Langer, aaO S.225 ff und Herzberg, aaO S.55 f; auch Schöne, aaO S.175 ff.

Bereich der Unterlassungsdelikte, die Roxin ja ebenfalls der Gruppe der Pflichtdelikte zuordnet<sup>1</sup>, eine Differenzierung der Beteiligungsformen nach den unterschiedlichen Garantenstellungen möglich und wird auch zunehmend vertreten<sup>2</sup>. Das aber würde bedeuten, daß nicht jede Garantenpflichtverletzung zur Täterschaft führt.

Das Problem soll hier jedoch nicht vertieft werden. Ob ein Verhalten einem Tatbestand unterfällt, insbesondere ob auch ein Unterlassen tatbestandsmäßig sein kann, ist durch Auslegung des jeweiligen Tatbestands festzustellen. "Denn die Aufnahme besonderer Tätermerkmale enthebt uns nicht der Mühe, die Tatbestandshandlung auf mögliche Besonderheiten hin zu untersuchen. Der Gesetzgeber kann die Strafe auf spezifische Begehungsweisen beschränken, und daran ändert die Pflichtnatur eines Tatbestands überhaupt nichts."<sup>3</sup>

Für diese Untersuchung bleibt festzuhalten, daß Täter eines Sonderdelikts nur ein besonders Qualifizierter sein kann. Denn nur derjenige, der in der besonderen, oben aufgezeigten persönlichen Bindung steht, dem das Rechtsgut bzw. das Rechtsgutsobjekt also "überantwortet" worden ist, kann das deliktstypische Unrecht eines Sonderverbrechens begehen.

---

1. aaO S.458 ff.

2. So z.B. Philipps, Handlungsspielraum S.169, Herzberg, aaO S.100 ff, 175, 261 f, 344 ff und JuS 75,171 ff, Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor §25,17 und 82 ff und Schünemann, aaO S.377; vgl. auch - allerdings ohne Angaben von Unterscheidungskriterien - Androulakis, Studien S.162, Lüderssen, Strafgrund S.181 ff und Hardwig-Buschendorf, JZ 67,87.

3. Herzberg, aaO S.59.

## E      Exkurs: Der untaugliche Versuch

Es soll nicht verschwiegen werden, daß die hier vertretene Theorie zur Rechtswidrigkeit einer Handlung Schwierigkeiten hat, die Rechtswidrigkeit eines untauglichen Versuchs zu erklären.

Die Rechtswidrigkeit einer Versuchshandlung kann nämlich nicht schon damit begründet werden, daß man den Versuchsentwurf als subjektives Unrechtselement begreift. Letzteres ist zwar - wie oben aufgezeigt worden ist<sup>1</sup> - zutreffend. Subjektive Unrechtsmerkmale erhöhen jedoch nur das Unrecht einer auch ohne sie schon rechtswidrigen Handlung; sie vermögen jedoch nicht, eine rechtskonforme Handlung zur rechtswidrigen zu machen: "Solange der Chirurg lege artis operiert, kann seine Hoffnung auf den Tod des Patienten die Rechtsfolge Strafe nicht herbeiführen."<sup>2</sup>

Die Rechtswidrigkeit des untauglichen Versuchs kann auch nicht über den sog. "Umkehrschluß" begründet werden<sup>3</sup>, da dieser selbst nicht logisch zwingend ist<sup>4</sup>.

Es gilt somit anzuerkennen, daß nur der "an sich" taugliche Versuch eine "objektive Tendenz" in Richtung auf den schädlichen Erfolg haben kann, daß nur diese Art des Versuchs geeignet ist, den von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg herbeizuführen. Der untaugliche Versuch ist mangels Eignung, soweit diese

---

1. Siehe oben S.167 ff.

2. Roxin, Fschr.Honig S.144; zustimmend Herzberg, Unterlassung S.244 ff.

3. So aber wieder BGHSt 23,283.

4. So überzeugend Spendel, NJW 65,1885 und ZStW 69,449 ff, Treplin, ZStW 76,452 und Reinh.v.Hippel, Untersuchungen S.76.

vom Standpunkt des Handelnden aus vorhersehbar war, was nicht unbedingt zu sein braucht, nach den hier für maßgeblich erachteten Kriterien nicht rechtswidrig.

Daß der Versuch eine Sonderstellung einnimmt, ist denn auch allgemein anerkannt. Diese Sonderstellung wird dadurch unterstrichen, daß als Strafgrund des (untauglichen) Versuchs der "rechtsfeindliche Wille", die "Verletzung oder Störung des Rechtsfriedens", die "Tätergefährlichkeit" bzw. der "schädliche Eindruck der Tat auf die Allgemeinheit" eingeführt worden ist<sup>1</sup>.

Allen diesen Auffassungen ist gemeinsam, daß die Rechtswidrigkeit der Versuchshandlung nicht positiv begründet wird, sondern ein Strafgrund, der von der Rechtswidrigkeit der Handlung unabhängig ist bzw. es jedenfalls sein kann, die Funktion der Rechtswidrigkeit übernimmt. Damit wird aber im Bereich des Versuchs ein gänzlich neues, für alle strafbaren Handlungen einschließlich der vollendeten Taten passendes Zurechnungskriterium geschaffen.

Unter Berücksichtigung dieses neuen Zurechnungsgrundes wird aber die Abgrenzung des "normalen untauglichen" vom "abergläubischen Versuch" zu einem dogmatischen Seiltanz<sup>2</sup>: der rechtsfeindliche Wille ist auch bei Handlungen, die als "abergläubischer Versuch" eingestuft werden müssen, betätigt worden. Somit kann es nicht verwundern, daß als Konsequenz der subjektiven

---

1. N. dazu siehe oben S.73; vgl. auch Rudolphi, ZStW 86,72, J.Meyer, ZStW 87,604 und Burkhardt, Rücktritt S.56 ff.

2. Auf diese Schwierigkeit wird immer wieder hingewiesen; so z.B. von Roxin, JuS 73,331 und Schönke-Schröder-Eser, StGB §22,65.

Versuchstheorie der abergläubische Versuch für "an sich" strafbar gehalten wird<sup>1</sup>. Dieser Konsequenz durch die These zu entgehen, daß in diesen Fällen ein für die Allgemeinheit schädlicher Eindruck fehle<sup>2</sup>, weil die Handlung eine Folge "groben Unverstands" (§ 23 III StGB) sei, nämlich auf einer völligen und offensichtlichen Verkennung anerkannter Kausalgesetze beruhe, auf einer "völlig abwegigen Vorstellung von gemeinhin bekannten Ursachenzusammenhängen", erscheint widersprüchlich zu sein, wenn nicht der schädliche Eindruck auch Zurechnungskriterium des vollendeten Delikts ist. Denn was immer als Zurechnungskriterium bei dem Durchgangsstadium "Versuch" benutzt wird, muß auch als solches beim vollendeten Delikt verwendbar sein.

Konsequent ist insoweit der Ansatz von Welzel, wonach das Strafrecht die "unverbrüchliche Geltung dieser Aktwerte" sicherzustellen habe und wonach Aufgabe des Strafrechts "der Schutz der elementaren soziaethischen Gesinnungs- (Handlungs-)werte und erst darin eingeschlossen der Schutz der einzelnen Rechtsgüter" sei<sup>3</sup>. Diese Ansicht widerspricht jedoch dem in dieser Untersuchung vorausgesetzten Zweck des Strafrechts, lediglich

- 
1. Siehe dazu z.B. Schmidhäuser, AT S.608 f, Spendel, NJW 65,1883, J.Meyer, ZStW 87,616 f und Baumann, AT S.521; vgl. auch Stratenwerth, AT Rn.691 f, Roxin, JuS 73,331, Gössel, GA 71,230 ff, Bockelmann, Untersuchungen S.160 f und Otto, Grundkurs S.230 ff.
  2. So z.B. Lampe, Unrecht S.218 und Welzel, Strafrecht S.193; dazu siehe auch Albrecht, Versuch S.26 f, 30 ff und Roxin, JuS 73,331.
  3. aaO S.2 ff; gegen Welzel neuerdings wieder Arthur Kaufmann, Fschr.Henkel S.101 f: Verstoß gegen das "Subsidiaritätsprinzip".



die äußere Ordnung des Zusammenlebens zu gewährleisten, nicht aber eine "Ethisierung" der Rechtsunterworfenen anzustreben<sup>1</sup>.

Konsequent erscheint aber auch die Ansicht, die die gesamte Abgrenzung ins Innersubjektive verlegt, die also allein nach dem Tatplan entscheidet, ob die "Eignung" gegeben sein könnte<sup>2</sup>. Danach ist die "Eignung", die "Erfolgsfähigkeit", nicht "nach objektiven, sondern lediglich nach subjektiven Gesichtspunkten" zu beurteilen<sup>3</sup>. Für die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens reicht somit eine nur vorgestellte Eignung zur Herbeiführung des tatbestandstypischen Unrechts aus. Wenn von dieser Annahme aus dann aber ausgeführt wird, daß beim untauglichen Versuch der gleiche Handlungsunwert verwirklicht wird wie bei der ex ante gefährlichen Handlung<sup>4</sup>, wird übersehen, daß lediglich das subjektive Unrechtselement "Vorsatz" gleichermaßen gegeben ist. Gleich ist möglicherweise auch die "Verletzung des Rechtsfriedens"<sup>5</sup>, nicht aber der übrige handlungsabhängige Teil des Unrechts. Auch diese Ansicht ist jedoch - abgesehen von der Unmöglichkeit einer Abgrenzung des abergläubischen Versuchs, bei dem subjektiv gesehen die "Eignung" zweifellos vorliegen dürfte - mit unseren Ausführungen

- 
1. Dazu siehe oben S.45 ff und 73 f m.N., 111 f.
  2. So z.B. Zielinski, Handlungsunwert S.139, 188 und Armin Kaufmann, Dogmatik S.222; ähnlich Albrecht, Versuch S.46 ff, Salm, Verbrechen S.79 ff und Burkhardt, Rücktritt S.67; vgl. auch Langer, Sonderverbrechen S.295 f und Jakobs vollständig auf das Subjektive abstellende Auffassung in Studien S.120 ff.
  3. Zielinski, aaO S.188 f.
  4. Zielinski, aaO S.188 f und Albrecht, aaO S.46.
  5. Dazu siehe oben S.73 f und 189 f; vgl. auch Lampe, aaO S.206 ff und Jakobs, Studien S.125 N.22.



unvereinbar, wonach das Strafrecht den Zweck hat, im Interesse eines geordneten Zusammenlebens Rechtsgüter zu schützen; denn durch einen untauglichen Versuch werden diese Rechtsgüter gar nicht erst gefährdet. Auf einer solchen Gefährdung muß das Strafrecht aber aufbauen<sup>1</sup>.

Trotz der Tatsache, daß der Gesetzgeber das Problem der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs inzwischen entschieden, und zwar im positiven Sinn entschieden hat<sup>2</sup>, erscheint es bedenklich, daß man schon die Rechtswidrigkeit der Handlung nur dadurch erkennen kann, daß man auf den subjektiven Plan des Handelnden abstellt, wobei allerdings über das Kriterium des "unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung" objektive Einschränkungen gemacht werden können und gemacht werden<sup>3</sup>. Die Subjektivierung der Norm eröffnet aber den Weg ins "Gesinnungsstrafrecht"<sup>4</sup>, was an den oben zitierten Ausführungen Welzels über die Ziele des Strafrechts<sup>5</sup> ohne weiteres erkennbar ist.

Es ist dies eine Frage grundsätzlicher Art: während bei den vollendeten Delikten der "böse Wille" bestraft wird, soweit er sich als rechtsgutsgefährdend manifestiert hat, soll er beim Versuch anläßlich einer möglicherweise völlig irrelevanten Handlung schon allein deshalb bestraft werden, weil er "böser Wille"

---

1. Dazu siehe oben S.45 ff, 73 f und 111 f.

2. So auch J.Meyer, ZStW 87,71 ff und Rudolphi, ZStW 86,71 ff und ZStW 85,117; Roxin, JuS 73,329.

3. So z.B. J.Meyer, ZStW 87,605,608, Rudolphi, ZStW 86,72 und Otto, Grundkurs S.225 f.

4. Vgl. auch Reinh.v.Hippel, Untersuchungen S.3 ff und Treplin, ZStW 76,453.

5. Siehe oben S.190; gegen Welzel z.B. auch Rudolphi, Ftschr.Maurach S.72.

ist bzw. weil er ein Delikt verwirklichen will<sup>1</sup>. Die Strafbarkeit desuntauglichen Versuchs wird damit zum echten Sonderfall: bestraft wird nämlich wegen eines subjektiven Unrechtselementes in Verbindung mit einer sich nur im Täterinneren vorgestellten Rechtswidrigkeit einer belanglosen Handlung. Letztlich wird für ein isoliertes subjektives Unrechtselement bestraft, womit man sich in die Nähe der österreichischen Schule der "Subjektivisten"<sup>2</sup> begibt. Durch diese Betonung des Subjektiven erweist sich die Strafbarkeit desuntauglichen Versuchs somit als Ausnahmeregelung, "von der aus keine Folgerungen für das Unrecht des vollendeten Delikts gezogen werden können."<sup>3</sup>

Von der These ausgehend, daß es sich bei der Strafbarkeit desuntauglichen Versuchs um eine wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen gesetzlich vertyppte, die Strafbarkeit erweiternde Ausnahmeregelung handelt, lassen sich nunmehr weitere Folgerungen ziehen:

1. Als Ausnahmeregelung muß die Strafbarkeit desuntauglichen Versuchs einschränkend ausgelegt werden. Daher ist der Ansicht zuzustimmen, die den "aber-gläubischen Versuch" von der Strafbarkeit generell ausnimmt<sup>4</sup>. Als Begründung dafür könnte z.B. das in anderem Zusammenhang angeführte "Geringfügigkeits-

---

1. Vgl. auch Spendel, Fschr.Stock S.98 und Treplin, ZStW 76,457; die Argumentation Spendels nennt Roxin, JuS 73,330 "nicht ungewichtig".

2. Siehe oben S.21 und 69 f.

3. So Rudolphi, Fschr.Maurach S.73.

4. So z.B. Roxin, JuS 73,331, Gössel, GA 71,230 ff, Bockelmann, Untersuchungen S.160 f, Jescheck, AT S.401, Busch, LK §43,55 und Stratenwerth, AT Rn. 687 ff je m.w.N.

prinzip<sup>1</sup> herangezogen werden: in den Fällen des "groben Unverstands" besteht wegen der für jedermann erkennbaren Harmlosigkeit der Tat kein Anlaß für eine Strafe.

2. Die Ausführungen zur Struktur des Versuchsunrechts deuten auch eine Lösung des Problems der subjektiven Rechtfertigungselemente<sup>2</sup> an: läßt sich bei Fahrlässigkeitsdelikten das tattypische Unrecht ohne Rückgriff auf die innere Einstellung bzw. die Motivation des Handelnden feststellen<sup>3</sup>, dann erscheint es verfehlt, bei der Frage der Rechtfertigung das Vorhandensein derartiger subjektiver Rechtfertigungselemente zu fordern<sup>4</sup>, da damit die sonst rein objektive Struktur des Unrechts der Fahrlässigkeitsdelikte ohne Not subjektiviert würde.

Umgekehrt erscheint ein subjektives Element bei den Vorsatzdelikten, deren tatbestandstypisches Unrecht durch ein subjektives Unrechtselement mit-konstituiert wird, erforderlich, durch welches das Element "Vorsatz" quasi neutralisiert wird, wobei man mit Rudolphi<sup>5</sup> das "subjektive Rechtfertigungselement" auf die Übereinstimmung der subjektiven Vorstellung des Handelnden mit der objektiv rechtfertigenden Situation redu-

---

1. JuS 64,76 und Kriminalpolitik S.24.

2. N. dazu oben S.23 N.1.

3. Siehe oben Teil II Kap.1 B, C und D.

4. So auch z.B. Himmelreich, Notwehr S.100 ff, Schmitt, JuS 63,64 f, Schaffstein, F Schr.Welzel S.574, Samson, SK Anhang zu §16,32 und vor §32,24, wohl auch Waider, Bedeutung S.101 f; a.A. aber z.B. Jescheck, AT S.445 und Nowakowski JB1 72,31; für Strafflosigkeit ohne Rechtfertigung: Gurgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.179 ff; vgl. auch Stratenwerth, AT Rn.1119 und F Schr.Schaffstein S.181 f sowie Preuß, Untersuchungen S.137 ff.

5. F Schr.Maurach S.57.

zieren sollte<sup>1</sup>.

In dem Fall, in dem eine Rechtfertigungssituation objektiv vorliegt, verwirklicht die Handlung qua Interessenabwägung auf der objektiven Seite der Handlung nicht die in dieser Untersuchung geforderten Kriterien der Rechtswidrigkeit: die Handlung ist somit trotz Unkenntnis der rechtfertigenden Situation "gerechtfertigt"<sup>2</sup>. Die Handlung ist aber getragen von einem Verbrechensentschluß, d.h. von einem subjektiven Unrechtselement. Somit ist eine Situation gegeben, die typisch ist für diejenige des untauglichen Versuchs: eine - mangels Vorliegen der dafür erforderlichen Voraussetzungen - nicht rechtswidrige Handlung ist begleitet von einem isolierten subjektiven Unrechtselement<sup>3</sup>. Das aber reicht nach der h.L. zur Bestrafung wegen dieser Handlung aus<sup>4</sup>.

3. Von der oben dargelegten Struktur des Versuchs-  
unrechts aus läßt sich auch eine Lösung für das

- 
1. So auch Burgstaller, aaO S.176, Stratenwerth, AT Rn.485 und Fschr.Schaffstein S.181, 189 ff sowie Roxin, ZStW 84,1003; a.A. aber z.B. Jescheck, AT S.245, Schönke-Schröder-Lenckner, StGB vor §32,14, Wessels, AT S.53 und Zielinski, Handlungsunwert S.234 f, 259 und 265.
  2. So z.B. Petters-Preisendanz, StGB S.24 f, Langer, Sonderverbrechen S.318, Rudolphi, SK §22,29, Stratenwerth, AT Rn.513 und Eser, Strafrecht I S.88; a.A. aber die wohl noch h.L., die Strafbarkeit wegen eines vollendeten Delikts annimmt; z.B. Zielinski, aaO S.263 und Maurach, AT S.304; w.N. bei Waider, aaO S.223 ff und Rudolphi, SK §22,29.
  3. Vgl. auch Roxin, Tatbestände S.161, Roxin-Schöne-mann-Haffke, Klausurenlehre S.57, Burgstaller, aaO S.177, Otto, Grundkurs S.229, Rudolphi, SK §22,29 und Fschr.Maurach S.306 sowie Busch, LK §43,52 m.N.
  4. Siehe oben S.192 ff.

Problem des Versuchs des "untauglichen Subjekts" andeuten. Unstreitig kann das "untaugliche Subjekt", d.h. derjenige, dem das Rechtsgut bzw. Rechtsgutsubjekt nicht in der oben beschriebenen Weise überantwortet worden ist<sup>1</sup>, nicht Täter eines vollendeten echten Sonderdelikts sein<sup>2</sup>.

Nicht geklärt ist jedoch, ob ein Extraneus, der sich für ein taugliches Subjekt hält, Täter eines strafbaren Versuchs eines solchen Delikts sein kann. Bruns<sup>3</sup> bejaht diese Möglichkeit unter Hinweis auf die Gleichwertigkeit aller Tatbestandsmerkmale, "insbesondere des Subjekts, des Objekts und des Mittels."<sup>4</sup> Hiergegen hat schon Hardwig geltend gemacht, daß diese Gleichartigkeit der Tatumstände zwar mit Mitteln der Logik nicht zu widerlegen sei, daß die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs aber eine Frage der Strafwürdigkeit sei und daß eine nur gelegentliche Pflicht diese besondere Strafwürdigkeit nicht begründen könne<sup>5</sup>. Er hält infolgedessen den Versuch des "untauglichen Subjekts" für ein "Wahndelikt" und deshalb für straflos<sup>6</sup>, da allein die

---

1. Siehe dazu oben S.179 ff.

2. Früher war dies streitig; N. dazu bei Langer, aaO S.115 ff.

3. Täter S.14 ff; ihm folgen z.B. Lauenstein, Verbrechensversuch S.114,123, Busch, LK §43,48 f, Rudolphi, SK §22,28, Schönke-Schröder-Eser, StGB §22,75, Dreher, StGB §22,28 und Jescheck, AT S.404 f; vgl. auch Hall, Fsch. E.Wolf S.470; noch weitergehend z.B. Nowakowski, JZ 56,550 N.83 und Piotet, ZStW 69,35, 38; w.N. bei Langer, aaO S.161 ff.

4. aaO S.17.

5. GA 57,171 ff, 174.

6. GA 57,157; so auch Kohlrausch-Lange, StGB vor §43, VI a, Baumann, AT S.520, Stöger, Versuch S.72 ff, Welzel, Strafrecht S.194, Schmidhäuser, AT S.618 f, H.Mayer, AT S.288 und Treplin, ZStW 76,445.

Vorstellung des Handelnden von seiner Pflicht diese nicht hervorbringen könne.

Da beim Sonderdelikt das deliktstypische Unrecht nicht schon an eine spezielle Handlungssituation anknüpft, sondern zusätzlich an eine besondere "Überantwortung" des Rechtsgutsobjektes an den Täter, erscheint es sinnvoll, den Versuch des untauglichen Subjekts straflos zu lassen<sup>1</sup>. Denn der Tätervorsatz müßte in diesem Fall nicht nur - wie bei jedem untauglichen Versuch - das subjektive, sondern auch das objektive Unrecht begründen, um dessentwillen das Sonderdelikt besonders strafwürdig erscheint. Zweifel verbleiben jedoch und zwar gerade dort, wo die vorgestellte Handlungssituation auch die Subjektqualität hervorbringen würde, d.h. im Unterlassungsbereich<sup>2</sup>: denn auch im Fall des Versuchs des untauglichen Subjekts setzt der Täter nach seiner Vorstellung zur Tatbestandsverwirklichung an. Eine derartige Sicht der Dinge ist jedoch nur dann möglich, wenn man den Norminhalt weitgehend subjektiviert, d.h. denselben von der Vorstellung des Normunterworfenen zumindest teilweise abhängig macht<sup>3</sup>.

Demgegenüber sollte man aber daran festhalten, daß die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, die ohnehin eine Ausnahmeregelung im dogmatischen Gefüge darstellt<sup>4</sup>, nicht unnötig erweitert werden sollte.

---

1. Für die Straflosigkeit treten auch ein z.B. Roxin, JuS 73,330, Roxin-Schünemann-Haffke, aaO S.364 und Langer, aaO S.228 ff m.w.N.

2. Vgl. Jescheck, AT S.404 und Herzberg, ZStW 82,916.

3. Dagegen siehe oben S.126 ff und 191 f.

4. Siehe oben S.188 ff und 192 f.

Als Ausnahmeregelung sollte die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs restriktiv ausgelegt werden. Insoweit kommt der Tatsache maßgebliche Bedeutung zu, daß es beim Versuch des untauglichen Subjekts in jedem Fall an der besonderen Strafwürdigkeit der Sonderverbrechen, die aus der Tatsache der Überantwortung folgt, fehlt. Selbst wenn daher die subjektive Seite des Verbrechens eines untauglichen Täters derjenigen eines tauglichen gleicht, dann fehlt gleichwohl ein Teil des auf der äußeren Situation beruhenden Unrechts.

Aus diesem Grunde erscheint es als richtiger, d.h. der Sache angemessener, die Strafbarkeit des Versuchs des untauglichen Subjekts zu verneinen<sup>1</sup>.

---

1. So auch Roxin, JuS 73,330; w.N. oben S.197 N.1; a.A. aber die wohl h.L.; z.B. Blei, AT S.203 f, Schönke-Schröder-Eser, StGB §22,76 m.w.N.



### Kapitel 3 Kriterien der Täterschaft

Bevor im einzelnen auf Probleme der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme eingegangen werden soll<sup>1</sup>, erscheint es ratsam, sich noch einmal kurz über die Ergebnisse der vorangegangenen Untersuchungen zu verständigen.

Es ist zunächst aufgezeigt worden, daß eine rechtswidrige Handlung nur dann vorliegt, wenn die Kriterien der Eignung, des Könnens sowie der Interessenabwägung erfüllt sind. Nur eine Handlung, die überhaupt geeignet ist, den im jeweiligen Tatbestand umschriebenen Erfolg herbeizuführen, kann rechtswidrig sein. Sie ist es dann, wenn der Handelnde den Erfolg bzw. die verbotswidrige Handlung hätte vermeiden können und wenn eine Wertung der Interessenlage ergibt, daß er dies nicht nur hätte tun können, sondern auch sollen<sup>2</sup>.

Sodann wurde versucht, spezifische unrechtserhöhende Elemente aufzuzeigen, von deren Erfüllung es abhängt, ob eine rechtswidrige Handlung das jeweilige deliktstypische Unrecht erfüllt, ob also die Handlung über die Rechtswidrigkeit hinaus auch tatbestandsmäßig ist<sup>3</sup>.

Aus diesen Ausführungen läßt sich nunmehr für die Unrechtshandlung und damit auch für die Voraussetzungen der Täterschaft<sup>4</sup> folgende Systematik ableiten, wobei die Straftaten nach Fahrlässigkeitsdelikten und Vorsatztaten eingeteilt werden:

- 
1. Dazu siehe unten Teil III Kap.2 und 3.
  2. Siehe oben Teil II Kap.1 B, C und D.
  3. Siehe oben Teil II Kap.2.
  4. Siehe oben S. 7 f, 93 f, 156 ff.

## A Fahrlässigkeitsdelikte

1. Bei den schlichten Fahrlässigkeitsdelikten ergibt sich die "Eignung" des Verhaltens unmittelbar aus dem jeweiligen Tatbestand, d.h. der Gesetzgeber selbst hat hier das ge- bzw. verbotene Verhalten genau umschrieben. Nur wer in der besonderen, im Tatbestand beschriebenen Weise handelt, kann das tatbestands-spezifische Unrecht erfüllen. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn er die Handlung hätte vermeiden bzw. die gebotene Handlung hätte ausführen können und sollen, wenn er, um eine gebräuchliche Kurzform zu benutzen, bei seinem Verhalten die "verkehrserforderliche Sorgfalt" nicht beachtet hat.

Es ist jedoch daran festzuhalten, daß es auch bei den Fahrlässigkeitsdelikten die Stationen des "Könnens" und der "Interessenabwägung" zu unterscheiden gilt<sup>1</sup>, denn beide Prinzipien haben unterschiedliche Funktionen: das eine begründet bzw. begrenzt die Möglichkeit der Zurechnung einer Handlung im Bereich des Tatsächlichen, das andere dagegen im Bereich der Wertungen. In praxi wird aber die Formel von der "verkehrserforderlichen Sorgfalt", die schon sämtliche rechtfertigenden Merkmale beinhaltet, nicht zu unrichtigen Ergebnissen führen.

a) Bestimmte Rechtsgüter sind durch das Strafrecht nicht gegen jeden "sorgfaltswidrigen Angriff" geschützt, sondern nur gegen "höchstpersönliche" Angriffe bestimmter Handelnder in bestimmten Situationen. In diesen Fällen erfüllt nur derjenige, der in der besonderen, im Tatbestand näher gekennzeichneten

---

1. N. dazu siehe oben S.125 N.2.

Weise das Rechtsgut "eigenhändig" angreift, das spezifische Unrecht dieser "eigenhändigen" Fahrlässigkeitsdelikte<sup>1</sup>.

b) Bestimmte Rechtsgüter sind durch das Strafgesetz nur gegen sorgfaltswidrige Angriffe bestimmter Personen, die dem Rechtsgut besonders nahe stehen und dadurch eine erleichterte Einwirkungsmöglichkeit auf dieses haben<sup>2</sup>, geschützt. Nur derjenige, der diese besondere Stellung zum Rechtsgut bzw. zum Rechtsgutsobjekt hat, wem mit anderen Worten dieses überantwortet worden ist, kann, indem er sich sorgfaltswidrig verhält, das besondere Unrecht dieser fahrlässigen Sonderdelikte erfüllen<sup>3</sup>.

c) Bei den übrigen schlichten Fahrlässigkeitsdelikten begeht derjenige das tatbestandsspezifische Unrecht, der die sorgfaltswidrige Handlung vornimmt, die im Tatbestand verboten worden ist, bzw. derjenige, der die im Tatbestand gebotene Handlung unterläßt.

Das Unrecht der schlichten Fahrlässigkeitsdelikte ist also im wesentlichen immer gleich strukturiert: erforderlich ist eine "sorgfaltswidrige Handlung". Täter ist jeweils derjenige, der sich sorgfaltswidrig verhält<sup>4</sup>, der damit also seine Verpflichtung zum normgemäßen Verhalten nicht erfüllt hat<sup>5</sup>.

---

1. So z.B. bei der fahrlässigen Falschaussage; vgl. dazu auch Mir, F Schr. Welzel S.645.

2. Siehe dazu oben S.180 ff.

3. Siehe dazu die Zusammenstellung von Beispielsfällen bei Franzheim, Teilnahme S.17 ff und bei Schröder, F Schr.v.Weber S.234 ff.

4. Zu diesem Ausdruck siehe aber Schmidhäuser, F Schr. Schaffstein S.131 ff und Schroeder, LK §59,176 ff.

5. Ob die Fahrlässigkeitsdelikte deshalb als "Pflichtdelikte" (so Roxin, Täterschaft S.527 ff) einzu-stufen sind, wird zu klären sein; dazu siehe unten Teil III Kap.1 C.

2. Bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten handelt unrechtstypisch derjenige, der "unter Verstoß gegen die objektiv erforderliche Sorgfalt" eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, den schädlichen Erfolg herbeizuführen. Obwohl bei diesen Delikten jeweils ein Kausalverlauf zwischen Handlung und Erfolg liegt, der auch "beherrschbar" wäre, kommt es auf die aktuelle Beherrschung dieses Kausalverlaufs nicht primär an. Maßgeblich ist vielmehr, ob eine bestimmte Person eine erfolgsgeeignete Handlung vorgenommen hat<sup>1</sup>, die sie hätte vermeiden können und sollen<sup>2</sup>.

Täter kann also auch bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten nur derjenige sein, der sich "unsorgfältig" im dargelegten Sinn verhält. Als Täter bestraft kann der Handelnde dagegen nur werden, wenn aufgrund seiner unsorgfältigen<sup>4</sup> Handlungsweise der tatbestandsmäßige Erfolg eintritt<sup>3</sup>.

Soweit ein Sonderdelikt in Frage steht, ist jedoch nicht schon jedes sorgfaltswidrige Verhalten, das erfolgsgeeignet ist, unrechtstypisch, sondern nur das Verhalten desjenigen, der die erforderliche Nähe zum Rechtsgutsobjekt hat, der also in einer Sonderpflichtbindung steht und durch seine Handlung diese Pflicht verletzt<sup>4</sup>.

---

1. Dies könnte man allerdings mit "Tatherrschaft" bezeichnen; vgl. Mir, F Schr. Welzel S. 645 f und unten Teil III Kap. 1 D.

2. Siehe oben Teil II Kap. 1 B, C und D.

3. Dazu siehe oben Teil II Kap. 1 A.

4. Als Beispiele kommen vornehmlich Unterlassungsdelikte in Betracht.

## B Vorsatzdelikte

Voraussetzung einer Vorsatztat ist zunächst, daß die Handlung rechtswidrig im Sinn der früheren Ausführungen ist<sup>1</sup>, daß also die allgemeinen Kriterien der Rechtswidrigkeit einer Handlung erfüllt sind. Die fahrlässige Begehungsweise "unterliegt" also jeder Vorsatztat: Vorsatztäter kann nur sein, wer - ohne Vorsatz und bei entsprechender Strafdrohung - Fahrlässigkeitstäter sein würde<sup>2</sup>.

Weitere Voraussetzung einer Vorsatztat ist, daß der Täter mit "Wissen und Wollen" der Tatumstände handelte, daß er also den tatsächlichen Teil der Handlung, d.h. die der Rechtswidrigkeit zugrunde liegenden Tatsachen erkannte<sup>3</sup>; nicht erforderlich ist hingegen, daß er den von ihm erkannten Sachverhalt auch zutreffend bewertet hat<sup>4</sup>.

Ohne im einzelnen auf die unterschiedlichen Theorien zu Umfang und Reichweite des Vorsatzes, insbesondere auch zur Abgrenzung von "dolus eventualis" und

---

1 Dazu siehe oben Teil II Kap.1 B, C und D sowie E.

2. Eingehend dazu siehe oben S.168 f m.N.

3. Siehe z.B. Jescheck, AT S.218 f, Baumann, AT S. 396 ff und Backmann, JuS 72,197.

4. So die ganz herrschende, jetzt durch §17 StGB anerkannte Schuldtheorie, nach welcher der Vorsatz sich lediglich auf die Tatumstände beziehen muß; so z.B. Jescheck, AT S.219, Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S.281 ff, 320, Jakobs, Studien S.112 N.41 und Schönke-Schröder-Cramer, StGB §15,101 (gegen die Vorauf1.); w.N. bei Backmann, JuS 72,454; a.A. die sog. "Vorsatztheorie"; z.B. Mezger, LK (8.Auf1) §59,17 IIIc und auch heute noch Schmidhäuser, Ged.schr.Radbruch S.277 und AT S.416 ff; w.N. dazu bei Backmann, JuS 72,454.

"bewußter Fahrlässigkeit" eingehen zu wollen, bei der mehr oder weniger deutlich Adäquanzgesichtspunkte, d.h. Gesichtspunkte aus dem Bereich des Eignungsprinzips die maßgebliche Rolle spielen,<sup>1</sup> erscheinen doch einige Bemerkungen angebracht, um darzulegen, welche Struktur der Vorsatz im hier vertretenen Verbrechenssystem aufweisen muß:

Der Vorsatz muß vorliegen zur Zeit der Tathandlung<sup>2</sup>, ein "dolus subsequens" ist also für unzulässig zu erachten<sup>3</sup>.

Das aber bedeutet, daß die häufig zu lesende These, Gegenstand des Vorsatzes sei der Kausalverlauf in seiner konkreten Gestalt bzw. der Vorsatz müsse sich auf alle Glieder der zu dem Erfolg führenden Kausalkette erstrecken<sup>4</sup>, in dieser Allgemeinheit nicht richtig sein kann. Denn da der durch sie ausgelöste Kausalablauf zur Zeit der Handlung ja noch nicht existiert haben kann, kann der Vorsatz - zumindest für die Zeit nach der Handlung - in jedem Fall nur "subjektive Vorwegnahme" des erwarteten Kausalverlaufs

- 
1. Dazu siehe z.B. Stratenwerth, ZStW 71,51 ff, Schmidhäuser, GA 58,178 f, Jescheck, Fsch.E.Wolf S.483, Zielinski, Handlungsunwert S.162 ff und Roxin, JuS 64,53 ff je mit ausführlicher Diskussion der Abgrenzungsmöglichkeiten und Nachweisen zu anderen Auffassungen; aus jüngster Zeit siehe z.B. Jakobs, aaO S.107 f Philipps, ZStW 85,27 ff, E.A.Wolff, Fschr.Gallas S.197 ff, Binavince, Momente S.157 ff und Ambrosius, Untersuchungen S.31 ff, Haft, ZStW 88,372.
  2. Siehe z.B. Baumann, AT S.412, Jescheck, AT S.218 Welzel, Strafrecht S.71, Schmidhäuser, Vorsatzbegriff S.9, Platzgummer, Bewußtseinsform S.66 ff und Schewe, Bewußtsein S.28.
  3. Ganz h.M.; a.A. jedoch Lampe, ZStW 72,93 ff m.w.N.; dagegen z.B. Welp, Tun S.125 ff m.w.N.
  4. So z.B. Baumann, AT S.400 ff, Backmann, JuS 71,115 und Herzberg, ZStW 85,875.

sein<sup>1</sup>. Dies dürfte der Sache nach unstreitig sein, wenn es immer wieder heißt, der Vorsatz brauche den Kausalverlauf nur im wesentlichen vorwegzunehmen, wobei immer wieder auf Adäquanzgesichtspunkte abgestellt wird<sup>2</sup>.

Das intellektuelle Moment des Vorsatzes ist mithin binnenhaft in dem Sinn, daß "jede bewußte Handlung durch den Handlungsentschluß getragen" wird, "d.h. durch das Bewußtsein davon, was man will, und die Entschlossenheit, daß man es durchführen will."<sup>3</sup> Daraus folgt, daß sich das "Wissen" des Vorsatzes lediglich auf das - ebenfalls noch binnenhafte Wollensmoment der Handlung bezieht<sup>4</sup>.

Auch der Ausdruck "Wollen der Tatbestandsverwirklichung" ist jedoch mißverständlich: das "Wollen" kann sich nämlich auf den Erfolg als solchen beziehen oder aber lediglich auf das Verhalten selbst - allerdings unter Einschluß aller als notwendig erkannter bzw. als möglicherweise eintretend vorausgesehener Folgen<sup>5</sup>. Wenn in diesem Zusammenhang immer wieder darauf hingewiesen wird, daß auch ein an sich "unerwünschter" Erfolg "gewollt" sein kann, wenn der Handelnde um eines anderen Zieles sich mit diesem "abfindet"<sup>6</sup>, dann wird damit ganz deutlich, daß das "Wollen" nicht notwendig

---

1. Vgl. Herzberg, ZStW 85, 876.

2. Dazu siehe auch Maiwald, ZStW 78, 33.

3. Welzel, Strafrecht S. 58 f.

4. Vgl. auch Lampe, Unrecht S. 180 und ZStW 72, 99, Schmidhäuser, GA 58, 180 und Hillenkamp, Bedeutung S. 25 f; siehe auch Loewenheim, JuS 66, 310 ff.

5. Vgl. dazu Schmidhäuser, Vorsatzbegriff S. 11.

6. Siehe dazu Stratenwerth, ZStW 71, 54 ff und AT Rn. 305, Roxin, JuS 64, 61, Ambrosius, aaO S. 70 f und E.A. Wolff, Ftschr. Gallas S. 222.



beinhalten muß, daß der Handelnde den Erfolg seines Tuns "gutheißen" müßte<sup>1</sup>, sondern nur, daß der Täter die beabsichtigte Handlung trotz der Voraussicht ihrer Folgen durchführen will. Ganz klar hat dies der Bundesgerichtshof ausgeführt: "Im Rechtssinn billigt er diesen Erfolg trotzdem, wenn er, um des erstrebten Zieles willen, notfalls, d.h. sofern er anders sein Ziel nicht erreichen kann, sich auch damit abfindet, daß seine Handlung den an sich unerwünschten Erfolg herbeiführt, und ihn damit für den Fall seines Eintritts will."<sup>2</sup>

Nach allem ist das "Wollen" eng mit dem Handlungsent-schluß verknüpft. Denn der Wille lenkt das Geschehen nur durch die Entschlußfassung: "Es sei."<sup>3</sup> Das Wollen selbst hat mithin keinen eigenen Inhalt, sondern bezieht sich inhaltlich auf das "Wissenselement" der Handlung zurück<sup>4</sup>. Folglich ist Ambrosius zuzustimmen, wenn er ausführt: "Das Wollen bietet für den Vorsatz keinen Anknüpfungspunkt."<sup>5</sup> Vielmehr hat das Wollens-element lediglich die Bedeutung, den Willensinhalt<sup>6</sup>, das "Wissen", auf einen genau fixierbaren Zeitpunkt,

- 
1. Dazu siehe z.B. Schmidhäuser, aaO S.12 ff und GA 58, 169 sowie E.A.Wolff, F Schr.Gallas S.222.
  2. BGHSt 7.369; zu diesem "Rechtsbegriff der Billigung" siehe auch Schmidhäuser, aaO S.12 ff und GA 58,168 ff sowie Ambrosius, aaO S.58 ff.
  3. So Ambrosius, aaO S.27 und Wolter, Verurteilung S.179.
  4. Ebenso Ambrosius, aaO S.27.
  5. Ambrosius, aaO S.27; vgl. auch Jescheck, F Schr.E.Wolf S.485 N.47 und Exner, Wesen S.133; a.A. aber z.B. Backmann, JuS 71,117 m.w.N.
  6. Dazu siehe insbesondere Platzgummer, Bewußtseinsform S.55 ff,63 ff,81 ff, Roxin, ZStW 78,259, Schmidhäuser, F Schr.H.Mayer S.329, Gallas, ZStW 80,30, Herzberg, ZStW 85,886 ff, Schewe, Bewußtsein S.62 ff,108 ff,141 ff, Bockelmann, Ged.schr.Radbruch S.255, E.Horn, Verbots-irrtum S.38 ff und Rudolphi, Unrechtsbewußtsein S.150.

eben denjenigen des Handelns, eindeutig festzulegen<sup>1</sup>.

Vorsatz ist demnach "Antizipation der Handlungsfolge im Handlungsentschluß"<sup>2</sup>, wobei jedoch klarzustellen ist, daß diese Antizipation binnenhaft-subjektiv ist. "Gewollt ist demnach lediglich immer ein bestimmtes Tun mit einem bestimmten Ziel"<sup>3</sup>, nicht aber die Tatbestandsverwirklichung oder die Erfüllung der Tatumstände<sup>4</sup>.

Aus diesen Ausführungen läßt sich nunmehr ein weiteres ableiten: Vorsatz braucht - da binnenhaft - nicht zutreffendes Wissen zu sein, sondern kann ohne weiteres auf einem Irrtum beruhen<sup>5</sup>. Der Satz, daß ein Irrtum den Vorsatz ausschließe<sup>6</sup>, ist mithin unzutreffend. Gerade im Bereich des Versuchs ist der Irrtum in der Regel sogar bestimmend für das Zustandekommen des Entschlusses, d.h. aber des Vorsatzes<sup>7</sup>, wie z.B. in den Fällen des Versuchs des untauglichen Subjekts, in denen der Nichtqualifizierte an seine Qualifikation glauben muß<sup>8</sup>.

Nunmehr läßt sich folgendes über den Vorsatz sagen: vorsätzlich im Sinn des Strafrechts handelt derjenige

- 
1. Ambrosius, aaO S.29, D.Meyer, Kollusion S.25 und Platzgummer, aaO S.61 m.w.N.; siehe auch oben S.204 zu N.2 und Wolter, Verurteilung S.179 f.
  2. Ambrosius, aaO S.84; vgl. auch Lampe, Unrecht S.181 und Wolter, aaO S.180.
  3. Schmidhäuser, Vorsatzbegriff S.25; vgl. auch Loewenheim, JuS 66,311.
  4. So aber gleichwohl die gängige Definition; z.B. Baumann, AT S.398 und Jescheck, AT S.218.
  5. Ebenso Lampe, aaO S.179; vgl. auch D.Meyer, aaO S.19.
  6. So z.B. Baumann, AT S.397.
  7. Vgl. Lampe, aaO S.179, Rudolphi, SK §22,24 und Schönke-Schröder-Eser, StGB §22,68.
  8. Siehe z.B. Langer, Sonderverbrechen S.153 ff.

dessen "andlungswille zur Zeit der Handlung auf die Verwirklichung einer Handlung gerichtet ist, die - für den Fall ihrer Verwirklichung - von einem gesetzlichen Tatbestand mit Straf bedroht ist.

An dieser Definition wird deutlich, daß der Vorsatz sich nicht um die "rauhe Welt der Tatsachen" zu kümmern braucht. Er bleibt in jedem Fall binnenhaft und kann sich folglich auch auf das Herbeiführen von Unmöglichem<sup>1</sup> richten; der Täter kann sich - allerdings nur in dieser Antizipation der Handlung - übernatürliche Kräfte zuschreiben<sup>2</sup>, kann die Welt nach seinen Vorstellungen einrichten bzw. zurechtbiegen.

Dabei spielt es für den Vorsatz selbst keine Rolle, ob der Handelnde in seiner Vorstellung Gegenstände verändert, indem er z.B. die berühmte Leiche wieder zum Leben erweckt, um sie dann erschießen zu können, ob er Kausalgesetze ändert, indem er z.B. mit Hilfe von Hustenbonbons abtreibt, oder ob er sich Positionen zuschreibt, die er nicht hat wie die Putzfrau, die sich für eine Beamtin hält: "Versuchen kann jeder."<sup>3</sup>

Die häufig vertretene These, daß ein Irrtum den Vorsatz ausschließt, ist nach allem das Resultat einer unzutreffenden Beurteilung der Situation, eines unrichtigen Standpunktes der Beurteilung. Vom Standpunkt ex post aus wird nämlich ein gesetzlicher Tatbestand geprüft, dessen Erfüllung vorsätzliche Begehung voraussetzt; die Straflosigkeit des Handelnden wird

---

1. Siehe z.B. den von Hall, F Schr.E.Wolf S.470 gebildeten Fall.

2. So im Erbonkelfall sowie in anderen Fällen des sog. "abergläubischen Versuchs"; dazu oben S.188 ff, 195 ff.

3. Hall, aaO S.470; vgl. auch Bruns, Täter S.30 f.

dann mit dem "ausgeschlossenen" Vorsatz begründet. Bleibt man dagegen auch in diesem Punkt dem Standpunkt ex ante treu, dann kann ein Irrtum nicht zur "Beseitigung" des Vorsatzes führen: der Vorsatz ist dann entweder gegeben oder nicht, was jedoch zur Zeit der Handlung schon feststehen muß. So weist auch Stratenwerth darauf hin, daß nicht "etwas schon Vorhandenes wieder beseitigt" werde, sondern daß es "nur um die schlichte Einsicht geht, daß der Vorsatz fehlt, wenn seine Voraussetzungen nicht erfüllt sind."<sup>1</sup> Daraus folgt, daß der Vorsatz - wie schon ausgeführt - nicht an der Übereinstimmung mit der Welt des Tatsächlichen gemessen werden darf, sondern vielmehr lediglich am eigenen Maß zu messen ist.

Inhalt des intellektuelle Elements des Vorsatzes kann nach allem nur sein, daß der Täter sich bestimmte Umstände vorstellt und aufgrund ebenfalls vorgestellter Kausalgesetze - seien sie richtig oder nicht - auf die Eignung<sup>2</sup> eines bestimmten, in der vorgestellten Handlungssituation beabsichtigten Tuns zur Herbeiführung bestimmter, in Straftatbeständen näher umschriebener schädlicher Erfolge schließt. Wenn diese Vorstellungen des Handelnden mit der tatsächlichen Situation und der vorgestellte Kausalverlauf mit dem auf der - wie beabsichtigt ausgeführten - Handlung beruhenden Kausalablauf übereinstimmen, dann ist wegen vorsätzlicher vollendeter Tat zu bestrafen. Wo immer dagegen die Vorstellung des Täters von der später

---

1. AT S.266.

2. Das Kriterium des Könnens ist bei Vorsatztaten - von den Fällen des § 20 StGB einmal abgesehen - nie zweifelhaft.

eintretenden tatsächlichen Wirkung der Handlung abweicht, haben wir eine Versuchssituation vor uns, d.h. einen Verbrechensentschluß ohne Entsprechung in der Wirklichkeit<sup>1</sup>.

Wir können somit festhalten, daß der Vorsatz die beiden ersten Wertungsstufen der Rechtswidrigkeit der Handlung, nämlich die "Eignung" und das "Können"<sup>2</sup>, als Vorstellung antizipieren muß, daß also der Täter die Herbeiführung des Erfolgs als durch die beabsichtigte Handlung bedingt sich vorstellen muß. Nicht zum Vorsatz gehört das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit; die Vornahme der zutreffenden Interessenabwägung ist eine Frage allein der Schuld<sup>3</sup>.

Diese Ausführungen gelten sinngemäß auch für den Vorsatz im Bereich der Unterlassungsdelikte. Soweit Armin Kaufmann<sup>4</sup> aus dem Wesen der Unterlassung als "Ausbleiben der erwarteten Handlung" folgert, im Bereich der Unterlassungsdelikte werde nichts verwirklicht, folglich könne es auch keinen Vorsatz geben - da dieser Verwirklichungswille sei - ist dies nicht überzeugend. Erstens zeigt das Fehlen eines Handlungsentschlusses nur, daß gegen ein Handlungsgebot verstoßen wird<sup>5</sup>. Zum anderen erscheint es auch

- 
1. Hier ist auch die Lösung zum Problem des abweichenden Kausalverlaufs u.a. zu suchen; dazu siehe eingehend z.B. Backmann, JuS 71,113 ff, 118, Loewenheim, JuS 66,305 ff, 313 N.16, Jakobs, Studien S.106 f, 114, Herzberg, ZStW 85,867 ff, 881 ff, Maiwald, ZStW 78,30 ff und Hillenkamp, Bedeutung S.19 ff; 39 ff, 81 ff.
  2. Siehe oben Teil II Kap.1 B und C.
  3. Siehe oben Teil II Kap.1 B 2 b bb und cc sowie Kap.1 D.
  4. Dogmatik S.66 ff und Fschr.v.Weber S.218 f; ihm folgend z.B. Welzel, Strafrecht S.201 und Schöne, Erfolgsabwendungen S.180 f.
  5. Konsequenterweise müßte dann bei Begehungsdelikten auf das Fehlen eines Unterlassungsentschlusses abgestellt werden.

als unzulässig, den Vorsatz zunächst als Verwirklichungswillen zu definieren, um dann festzustellen, daß - wo nichts verwirklicht wird - ein solcher Wille fehlt. Das einzige, was damit erwiesen ist, ist doch, daß die Definition auf den einen Sachverhalt nicht paßt, da sie auf einen anderen zugeschnitten ist<sup>1</sup>. Schon wenn statt des Ausdrucks "Verwirklichungswille" der Begriff der "Tatbestandsverwirklichung" gewählt wird, ist klargestellt, daß der Vorsatz im Bereich der Unterlassungsdelikte andere Elemente umfassen muß als im Bereich der Begehungstaten, da sich diese Deliktsgruppen ja schon in ihrer Tatbestandsstruktur unterscheiden<sup>2</sup>.

Wenn also der Garant in einer bestimmten Situation eine bestimmte Handlung vornehmen soll, dann genügt zur vorsätzlichen Unterlassung, daß er die Situation einschließlich der die Garantenstellung begründenden Umstände<sup>3</sup> kennt und sich bewußt ist, daß er die gebotene Handlung vornehmen könnte<sup>4</sup>.

Die Schwierigkeiten, die Armin Kaufmann insoweit sieht<sup>5</sup>, dürften durch die Ausführungen Platzgummers über das "Mitbewußtsein"<sup>6</sup> ausgeräumt worden sein<sup>7</sup>.

- 
1. Vgl. Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor §25,77: "petitio principii"; Schünemann, Grenzen S.377.
  2. Siehe oben Teil I Kap.2 C.
  3. Ganz h.M.; N. bei Schönke-Schröder-Cramer, StGB §15, 90 ff und E.A.Wolff, Kausalität S.49 ff.
  4. Vgl. Grünwald, Fschr.H.Mayer S.286 ff und Schünemann, aaO S.376 f.
  5. Dogmatik S.110 ff und Fschr.v.Weber S.286 ff.
  6. Bewußtseinsform S.81 ff.
  7. So auch Roxin, ZStW 78,259 und Herzberg, ..Unterlassung S.224; vgl. auch Schmidhäuser, Fschr.H.Mayer S.329: "sachgedankliches Unrechtsbewußtsein", Gallas, ZStW 80,30, Schewe, Bewußtsein S.62 ff, 108 ff, 141 ff, Otto, Grundkurs S.86 ff, Bockelmann, Ged.schr.Radbruch S.255 und Rudolphi, SK §16,24 f und Unrechtsbewußtsein S.150; siehe auch Haft, ZStW 88,381.

Damit ist mit der ganz h.M. davon auszugehen, daß es einen Unterlassungsvorsatz gibt<sup>1</sup>. Auch für diesen gelten die zum Begehungsvorsatz gemachten Ausführungen.

Wenn man für den Vorsatz im dargelegten Sinn eine Formel sucht, dann erscheint der Ausdruck "Handeln" bzw. "Wollen trotz Wissen" die Situation klarer zu umreißen als die Formel vom "Wissen und Wollen der Tat"; denn das Wissen selbst ist ja nicht vorwerfbar. Ebensowenig kann aus einem "ungerichteten" Wollen ein Vorwurf abgeleitet werden. Erhöht strafwürdig, weil in stärkerem Maße vorwerfbar, ist allein die Handlung, die trotz des Wissens um die Folgen derselben vorgenommen wird.

1 Auch im Bereich der Vorsatzdelikte ist zwischen eigenhändigen Delikten<sup>2</sup>, Sonderdelikten<sup>3</sup> und "normalen" schlichten Tätigkeitsdelikten zu unterscheiden.

Voraussetzung, daß das jeweilige tatbestandstypische Unrecht verwirklicht wird, ist immer, daß die Handlung rechtswidrig im Sinn der früheren Ausführungen ist<sup>4</sup>, daß der Täter darüberhinaus vorsätzlich handelt und daß schließlich die jeweils im Tatbestand aufgeführten subjektiven Unrechtselemente vorliegen.

---

1 So z.B. Grünwald, F Schr. H. Mayer S. 281 ff, Schmidhäuser, Vorsatzbegriff S. 32 f und AT S. 693 ff, Androulakis, Studien S. 262 ff, Hardwig, ZStW 74, 27 ff, Roxin, ZStW 74, 530 und ZStW 78, 259 f sowie Täterschaft S. 510 f, Jescheck, AT S. 477 f, Lampe, ZStW 72, 93, E. A. Wolff, Kausalität S. 47 f, Rudolphi, SK vor § 13, 19 ff, Herzberg, aaO S. 221 ff, Welp, Tun S. 76 ff und Haffke, ZStW 87, 69 f und 72 f

2 So z.B. die vorsätzliche Falschaussage.

3 So z.B. die Untreue.

4. Siehe oben Teil II Kap. 1 B, C und D.



Anders als beim Fahrlässigkeitsdelikt ist also das Unrecht der Vorsatzdelikte eine Mischung von objektiven und subjektiven Elementen. Von dieser Erkenntnis aus wird verständlich, daß sich die Täterschaft nach weitverbreiteter Auffassung<sup>1</sup> nach objektiven und subjektiven Merkmalen bestimmt. Auch wird verständlich, warum die subjektive Teilnahmelehre Anleihen bei der objektiven Theorie macht<sup>2</sup> bzw. die Tatherrschaftslehre fordert, daß auch die Tatherrschaft vom Vorsatz umfaßt sein müsse, daß also der Handelnde mit "Tatherrschaftswillen" gehandelt haben müsse<sup>3</sup>. Denn diese Ansichten sind Folge der Tatsache, daß der Täter das jeweilige tatbestandstypische Unrecht erfüllen muß, sowie derjenigen, daß das Unrecht eines Vorsatzdeliktes sich aus objektiven und subjektiven Elementen zusammensetzt<sup>4</sup>.

Je nach der Art des Delikts ist zu den oben genannten Voraussetzungen weiter erforderlich, daß die Kriterien der Eigenhändigkeit bzw. der "Sonderpflichtverletzung" erfüllt sind<sup>5</sup>.

2. Auch bezüglich der vorsätzlichen Erfolgsdelikte genügt es wohl, auf die entsprechenden Ausführungen

- 
1. Zuerst wohl Lobe, Einführung S.123; so auch z.B. Welzel, ZStW 58,543, Gallas, Gutachten S.128, Roxin, Täterschaft S.316 und 621; vgl. auch Sax, JZ 63,338, Bockelmann, Untersuchungen S.122 und Schroeder, Täter S.66 ff; rein objektiv bestimmt z.B. Maurach, AT S.492 den Begriff der Tatherrschaft.
  2. Dazu siehe insbesondere Roxin, aaO S.51 ff und 83 ff.
  3. Siehe z.B. Roxin, aaO S.316 und 621.
  4. Vgl. auch Otto, ZStW 87,574 m.w.N.
  5. Siehe dazu oben Teil II Kap.2 C 3 und D; Zusammenstellungen von Delikten dieser Art finden sich z.B. bei Nagler, Teilnahme S.27 ff, Franzheim, Teilnahme S.17 ff und Roeder, ZStW 69,241 ff.

zum Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte hinzuweisen und klarzustellen, daß über die dort aufgestellten Voraussetzungen hinaus weiter erforderlich ist, daß vorsätzlich im oben dargelegten Sinn gehandelt wird und daß der Täter aus der im Tatbestand geforderten Motivation oder Absicht heraus gehandelt hat.

Teil III      Die Abgrenzung von Täterschaft und  
Teilnahme bei den Begehungsdelikten

Kapitel 1      Vorbemerkungen

A      Täterschaft und subjektive Teilnahmetheorie

Im ersten Teil der Arbeit ist aufgezeigt worden, daß die subjektive Tätertheorie sich selbst als Konsequenz der Äquivalenztheorie versteht, wenn z.B. ausgeführt wird, daß sich die Tatbeiträge von Tätern und Gehilfen objektiv gleichen, da beide Beiträge für den Erfolg gleichermaßen kausal seien<sup>1</sup>. Aus diesem Grund ist das Problem der "Kausalität der Beihilfe"<sup>2</sup> gerade für die subjektive Teilnahmelehre auch immer von höchster Bedeutung gewesen, da der Nachweis der Kausalität gleichzeitig Voraussetzung einer Zurechnung der Handlung war.

Es wurde dabei schon kritisiert, daß die subjektive Tätertheorie die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme in Konsequenz der von ihr vertretenen objektiven Unrechtslehre in dem Bereich der Schuld suchen mußte<sup>3</sup> - eine Folgerung, die dem allgemein geteilten Ausgangspunkt widerspricht, daß die Teilnahmelehre zur Lehre vom Unrecht gehört<sup>4</sup>.

---

1. Siehe dazu oben S.37 ff m.N.

2. Näher dazu siehe unten Teil III Kap.3 B.

3. Siehe oben S.41.

4. Siehe oben S.7 f.

Nunmehr sind wir in der Lage, der subjektiven Teilnahmelehre ihre Grundlage vollends zu entziehen. Wie nämlich aufgezeigt werden konnte, beruht die Zurechnung nicht unmittelbar auf einem eingetretenen Kausalablauf bzw. dem darauf beruhenden Erfolg, sondern zunächst auf der Zurechenbarkeit der Handlung selbst. Zwar ist die endgültige Zurechnung davon abhängig, daß die Handlung für den Erfolg ursächlich war bzw. die Unterlassung denselben verhindert hätte. Im Bereich dieser endgültigen Zurechnung - hierhin gehört auch das Problem der "überholenden Kausalität", des "Schutzzwecks der Norm" etc.<sup>1</sup> - ist die Äquivalenztheorie maßgeblich. Eine endgültige Zurechnung einer Handlung ist jedoch erst möglich, wenn zunächst geklärt worden ist, daß der Handelnde sich rechtswidrig, d.h. pflichtwidrig, verhielt. Bei der Antwort auf diese Frage kann aber die Äquivalenztheorie nicht weiterhelfen<sup>2</sup>.

Die Handlung selbst ist als rechtswidrige nur dann zurechenbar, wenn sie geeignet war, das tatbestands-typische Unrecht herbeizuführen. Wenn aber die Zurechnung des Erfolges schon beim Alleintäter nicht auf der "Äquivalenz der Bedingungen" aufbaut<sup>3</sup>, sondern auf Gesichtspunkten, die dem Gedankengut der Adäquanzlehre näher stehen, dann ist damit hinreichend deutlich, daß schon der Ausgangspunkt der subjektiven Teilnahmelehre verfehlt ist.

---

1. Siehe dazu oben S.142 f m.N.

2. Dazu siehe oben Teil II Kap.1.

3. Auch die Äquivalenztheorie schied allerdings über das "Vorverständnis" des die erfolgsursächlichen Bedingungen Prüfenden einen Teil der Bedingungen aus dem relevanten Geschehen aus; vgl. auch Otto, Ftschr.Maurach S.95.

Strafrechtlich zurechenbar sind nur rechtswidrige Verhaltensweisen; die Rechtswidrigkeit läßt sich jedoch nicht dadurch feststellen, daß man die Kausalität einer Handlung für einen "rechtswidrigen Erfolg" nachweist<sup>1</sup>. Erfolg aber die "Primärzurechnung" nach Adäquanzgesichtspunkten, und zwar ex ante, dann braucht wohl nicht weiter begründet zu werden, daß entgegen der Ansicht der subjektiven Teilnahmelehre Unterschiede in verschiedenen, zu einem Erfolg hin-führenden Tatbeiträgen auch objektiv feststellbar sind<sup>2</sup>. Der Ausgangspunkt der subjektiven Theorie, zur Unterscheidung von Täter und Teilnehmer müsse not-wendigerweise auf die subjektive Seite abgestellt werden, da Unterschiede in den objektiven Tatbeiträgen der Tatbeteiligten nicht festgestellt werden könnten, ist somit unrichtig<sup>3</sup>.

Unrichtig ist nach allem überhaupt jeder Standpunkt, der die Frage der Täterschaft als "Zuordnung einer abgeschlossen vorliegenden tatbestandsmäßigen Handlung zu den jeweiligen strafrechtlich verantwortlichen Personen"<sup>4</sup> charakterisiert: die Täterschaft muß vor bzw. spätestens während der Handlung feststellbar sein. Maßgeblich ist auch insoweit der Standpunkt ex ante<sup>5</sup>.

Die gleichen Einwände wie gegenüber der subjektiven Theorie sind auch gegenüber allen anderen Teilnahme-

- 
1. Siehe oben Teil II Kap.1 A.
  2. Dazu siehe eingehend unten Teil III Kap. 2 und 3.
  3. a.A. aber z.B. Samson, SK §25,17, der die Prämissen der subjektiven Theorie für zutreffend hält.
  4. Gerhard, Abgrenzung S.30.
  5. Siehe dazu oben S.45 ff und 93 f; siehe auch Kotsalis, Täterschaft S.31 ff und 37 ff, der von der subjektiven Theorie ausgeht, ohne deren Prämissen zu überprüfen.

lehren zu machen, die auf der Äquivalenztheorie aufbauen<sup>1</sup>. So ist insbesondere auch der Ausgangspunkt der Lehre vom "Einheitstäter"<sup>2</sup> und der Lehre vom "extensiven Täterbegriff"<sup>3</sup> nicht haltbar aus den oben dargelegten Gründen. Es wird insoweit noch darzulegen sein, daß entgegen den genannten Auffassungen die Handlungen der Teilnehmer eines Delikts den Tatbeständen des "Besonderen Teils" des Strafgesetzbuchs nicht unterfallen<sup>4</sup>.

---

1. Dazu siehe oben Teil I Kap.1 C.

2. Dazu siehe oben S.34 f m.N.

3. Dazu siehe oben S.35 ff m.N.

4. Dazu siehe unten zu B.

## B     Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?

Da Täterschaft als "Vornahme der unrechtstypischen Handlung" definiert wurde<sup>1</sup>, muß zur Beantwortung der Frage, ob ein extensiver oder aber ein restriktiver Täterbegriff zutreffend ist, untersucht werden, ob auch der Anstifter und der Gehilfe unrechtstypische Handlungen im Sinne der obigen Ausführungen vornehmen<sup>2</sup>, wobei von der subjektiven Teilnahmetheorie, die dies bejaht, aus den oben dargelegten Gründen abgesehen werden kann.

Voraussetzung dafür wäre zunächst, daß die Teilnehmer eine selbständige Unrechtshandlung begehen.

Dies wird z.B. von Lüderssen bejaht, der den "Strafgrund der Teilnahme" in der Störung des sozialen Friedens erblickt<sup>3</sup> und von dieser These ausgehend ausführt, es gebe selbständige, in ihrem Unrechtsgehalt vom Unrecht der Haupttat völlig abgehobene Teilnahmetatbestände, die nicht in den Vorschriften der §§ 48 und 49 StGB a.F., sondern in ungeschriebenen Abwandlungen der Deliktstypen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs erblickt werden müßten<sup>4</sup>.

Die Begehung der Haupttat ist danach lediglich die "objektive Strafbarkeitsbedingung" der Teilnahmehandlung<sup>5</sup>, die Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat

---

1. Siehe oben S.7 f.

2. Siehe oben Teil II Kap.1 und 2.

3. Strafgrund S.54 ff und 119 ff.

4. aaO S.119 ff, 168; diesem zustimmend wohl Schöneborn, ZStW 87,914; dagegen z.B. D.Meyer, Kollusion S.116 und Herzberg, GA 71,3.

5. Lüderssen, aaO S.119; N. zu früheren Auffassungen ähnlicher Art bei D.Meyer, aaO S.89; dagegen z.B. auch Vogler, Fschr.Heinitz S.300.



sei eine nur "faktische"<sup>1</sup>.

Gegen Lüderssen ist eingewandt worden, daß seine Ansicht am nulla-poena-Satz vorbeigehe<sup>2</sup>, der eine Bestrafung aus ungeschriebenen Normen ja gerade verbiete, und daß unerfindlich bleibe, nach welchen Regeln diese "Teilnahmetatbestände" gebildet werden sollten bzw. welche Funktionen die Teilnahmebestimmungen des Strafgesetzbuchs dann noch hätten<sup>3</sup>. Weiter ist darauf hinzuweisen, daß es keine "Teilnahme schlechthin", sondern nur "Teilnahme an fremder Tat"<sup>4</sup> gibt, wobei allerdings zuzugeben ist, daß das "Gerichtetsein" der Anstiftung auf die Haupttat von der späteren Ausführung der Tat tatsächlich unabhängig ist<sup>5</sup>. Abgesehen von diesen Argumenten kann der dargestellte Ansatz aber schon deshalb aus unseren Betrachtungen herausgelassen werden, weil Lüderssen selbst davon ausgeht, daß das Unrecht der Teilnahmehandlung von dem Unrecht der Täterhandlung abgehoben ist: auch nach seiner Ansicht nimmt der Teilnehmer die unrechtstypische Handlung, wie sie hier umschrieben wurde, nicht vor.

Auch andere Autoren gehen von der Ansicht aus, daß der Teilnehmer eine selbständige Unrechtshandlung begeht. So führt z.B. Schmidhäuser aus: "Der Teilnehmer nimmt nicht an unerlaubter fremder Tat teil, sondern er nimmt unerlaubt an fremder Tat

---

1. Lüderssen, aaO S.168; vgl. auch Plate, ZStW 84,299 und Schmidhäuser, AT S.533.

2. Vgl. auch Herzberg, GA 71,3 und JuS 75,576 sowie D.Meyer, aaO S.116 f.

3. Siehe dazu auch Herzberg, GA 71,3.

4. Gerhardt, Abgrenzung S.24.

5. Vgl. auch D.Meyer, aaO S.90 und 116 ff.

te 1."<sup>1</sup> Dies führt ihn dann zu der Ansicht, daß das Teilnahmeunrecht völlig zu verselbständigen sei und daß die Teilnahme ihrer Natur nach keine Haupttat voraussetze<sup>2</sup>. Wenn dann weiter ausgeführt wird, die Begehung der Haupttat sei lediglich der "Erfolgsunwert"<sup>3</sup> der Teilnahmehandlung, dann besteht Anlaß zu überprüfen, ob der Teilnehmer eine eigenständige Unrechthandlung begeht, ob also die im zweiten Teil der Arbeit erarbeiteten Kriterien über die Rechtswidrigkeit und das deliktstypische Unrecht auf die Teilnehmerhandlung zutreffen.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: die Teilnehmer begehen nicht die "unrechtstypische Handlung" des jeweiligen Tatbestandes. Selbst wenn man nämlich davon ausgeht, daß die §§ 26 und 27 StGB eine Art Blankettnorm für die Unrechtshandlung der Teilnehmer darstellen<sup>4</sup>, dann bleibt doch festzuhalten, daß der Teilnehmer das Rechtsgut nicht direkt, sondern indirekt, d.h. durch die Haupttat hindurch angreift.

Schon die von der genannten Mindermeinung gezogenen Schlußfolgerungen erscheinen als unhaltbar. Zwar betont z.B. Langer im Anschluß an Lüderssen<sup>5</sup> und

- 
1. Schmidhäuser, AT S.533; siehe auch ders., Gesinnungsmerkmale S.261 ff; zustimmend Langer, Sonderverbrechen S.465 und Plate, ZStW 84,301; richtig müßte es allerdings heißen: der Teilnehmer nimmt unerlaubt an fremder unerlaubter Tat teil; vgl. auch schon Lange, Teilnahme S.55 und Zimmerl, Aufbau S.153 ff.
  2. So Schmidhäuser, AT (1.Aufl.) S.431; wie er - jedenfalls für einen Sonderfall - auch sein Schüler Langer, aaO S.477.
  3. So Schmidhäuser, AT (1.Aufl.) S.430 ff; auch Plate, ZStW 84,299.
  4. So z.B. D.Meyer, aaO S.11 f, Herzberg, GA 71,1 ff und Plate, ZStW 84,299 ff.
  5. aaO S.119.

Schmidhäuser<sup>1</sup> zutreffend, daß der Teilnehmer für eigenes rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten haftet<sup>2</sup>; daraus aber folgt entgegen Langers Ansicht<sup>3</sup> nicht, daß beim Teilnehmer sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen der Haupttat vorliegen müßten und daß z.B. ein Extraneus "an sich"<sup>4</sup> wegen seiner Teilnahme am Sonderdelikt nicht bestraft werden könnte, da er am Sonderunrecht nicht teilhabe. Noch unannehmbarer ist die aus der Lehre von der Selbständigkeit des Teilnahmeunrechts entwickelte Auffassung von Schmidhäuser<sup>5</sup>, daß der teilnehmende Extraneus straflos sei<sup>6</sup>. Schmidhäuser und seine Schüler scheinen insoweit zu übersehen, daß der primäre Anwendungsbereich einer strafrechtlichen Norm zwar immer nur den Täter betrifft, dieser Anwendungsbereich durch entsprechende Vorschriften jedoch auch auf Nicht-Täter erweitert werden kann. Die Tatbestände des Besonderen Teils umschreiben das Täterunrecht; ob andere Personen zu diesem Unrecht beitragen können, läßt sich aus diesen Vorschriften selbst nicht ableiten.

Der Mindermeinung muß aber auch widersprochen werden, wenn sie ausführt, der Teilnehmer verletze selbständig das jeweilige Rechtsgut<sup>7</sup>. Der Teilnehmer verletzt

---

1. Gesinnungsmerkmale S.262; auch Schöneborn, ZStW 87,914.

2. aaO S.211 und 466.

3. aaO S.211.

4. aaO S.214; vgl. aber aaO S.479 ff.

5. AT (1.Auf1.) S.438 f; aufgegeben in AT (2.Auf1.) S.546.

6. Zutreffend dagegen Roxin, ZStW 83.399.

7. So z.B. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S.262, Plate, ZStW 84,301, D.Meyer, aaO S.116 und Lüderssen, aaO S.25 f; gegen diese Teilnahmekonstruktion auch z.B. Hau, Beendigung S.58.

gerade nicht - wie dies der Täter tut - eine primäre Rechtspflicht, sein "Angriff" auf das Rechtsgut ist als Angriff in aller Regel nicht einmal erkennbar, wenn nicht zugleich die Haupttat mitberücksichtigt wird. Dem Grundsatz nach hat dies Nagler schon voll erkannt, wenn er ausführte, daß den "Extraneus" nur eine sekundäre Gehorsamspflicht treffe<sup>1</sup>. Es wird in den folgenden Kapiteln noch im einzelnen aufzuzeigen sein, daß die Rechtswidrigkeit der Teilnahmehandlung lediglich eine "sekundäre", d.h. eine abgeleitete, ist; auf diese Ausführungen kann daher zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden<sup>2</sup>.

Nach allem ist davon auszugehen, daß die Teilnahme ihren Unrechtsgehalt erst aus der in Aussicht genommenen Haupttat bezieht. Das Unrecht der Teilnehmerhandlung ergibt sich aus der Zusammenschau der Vorschriften über Anstiftung oder Beihilfe und der jeweiligen Tatbestände des Besonderen Teils, d.h. also aus einem durch die Täterhandlung mediatisierten Rechtsgutsangriff<sup>3</sup>. Das Unrecht der Teilnehmerhandlung ist folglich im jeweiligen Tatbestand nicht mit-umschrieben. Die Tatbestände des Besonderen Teils enthalten vielmehr lediglich die Umschreibung des Täterunrechts<sup>4</sup>.

---

1. Teilnahme S.113 f.

2. Dazu unten Teil III Kap.2 und 3.

3. So ganz h.M.; z.B. Stratenwerth, AT Rn.861, Wessels, AT S.101, Bockelmann, AT S.181 f, Maurach, AT S.680, Rudolphi, GA 70,365, Jescheck, AT S.520, Kretschmar, Teilnahme S.77; vgl. auch Gallas, ZStW 80,33, Busse, Täterschaft S.104, Vogler, Fschr.Heinitz S.299 f, Schaffstein, ZStW 57,323, Samson, SK vor §26,14 und Otto, JuS 74,705, Grundkurs S.265 und Fschr. R.Lange S.205, 209 f.

4. Der Sache nach bis auf die Lehre vom Einheitstäter und vom extensiven Täterbegriff unstreitig; siehe neuerdings wieder z.B. Otto, NJW 74,533.

Damit kann festgestellt werden, daß die Untersuchungen über die "unrechtstypische Handlung", d.h. über die Kriterien der Täterschaft, ohne daß es speziell darauf ankam, einen primären Täterbegriff erbracht haben<sup>1</sup>, daß also weder Anstiftung noch Beihilfe unter die aufgezeigten Täterschaftskriterien subsumierbar sind<sup>2</sup>.

Es ist also nicht zutreffend, wenn Langer ausführt, Täterschaft und Teilnahme seien gleichrangige Erscheinungen, weswegen der eine Begriff ohne Rückgriff auf den anderen nicht definiert werden könne<sup>3</sup>. Der Täterbegriff ist definierbar, ohne daß es auf die Klärung von Anstiftung und Beihilfe angekommen wäre: er wurde unmittelbar aus dem strafrechtsrelevanten Unrecht, aus dem Verbrechensbegriff selbst heraus entwickelt<sup>4</sup>.

Es muß aber auch Schroeder<sup>5</sup> widersprochen werden, wenn er ausführt, alle materiellen Theorien, d.h. die subjektive Teilnahmelehre ebenso wie die Tatherrschftslehre<sup>6</sup>, wollten durch die Einführung eines "zusätzlichen" Kriteriums die Beteiligtenstellung von der formalen volldeliktischen Vornahme der Ausführungshandlung unabhängig machen. Die subjektive Theorie und mit ihr das Abstellen auf den Täterwillen

- 
1. Zu der Notwendigkeit eines solchen siehe eingehend z.B. Roxin, Täterschaft S.26 ff, Lange, Täterbegriff S.5 f, Kohlrausch-Lange, StGB vor §47,I, Sax, JZ63, 337 und Rudolphi, ZStW 78,92; kritisch, ohne jedoch zu überzeugen, Schroeder, Täter S.184 ff.
  2. Dazu unten Teil III Kap.2 und 3.
  3. aaO S.464; so auch schon Hardwig, JZ 65,668.
  4. Vgl. dazu Lange, aaO S.4 ff.
  5. aaO S.39.
  6. aaO S.39.

finden im Gesetz keine Stütze. Ein solcher Täterwille ist als Tatbestandsmerkmal im Gesetz nicht niedergelegt. Auch die Auslegung des Gesetzes führt nicht zum Erfordernis eines derartigen Willens - abgesehen davon, daß dieser Täterwille offensichtlich schillernd ist und nahezu jedem objektiven Geschehen zugeordnet werden kann<sup>1</sup>.

Auch die objektiven Theorien zu Täterschaft und Teilnahme haben jedoch - das ist Schroeder zuzugeben - nie detailliert dargelegt, daß z.B. die "Tatherrschaft" oder die "Adäquanz" Bestandteil der Unrechtshandlung sind. Gerade weil Schroeder ebenfalls an keiner Stelle seiner Arbeit darauf eingeht, was unter "Vornahme der volldeliktischen Handlung" verstanden werden muß, konnte es ihm unterlaufen, daß er die Kriterien der Unrechtshandlung als "zusätzliche Erfordernisse" neben der Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung versteht.

Unrichtig sind aber auch die Ansichten, daß die Tatherrschaft zum Täter mache, auch wenn die Tatbestandshandlung nicht erfüllt werde<sup>2</sup>, bzw. daß derjenige, der "ein Tatbestandsmerkmal" verwirkliche, "kraft unwiderleglicher gesetzlicher Vermutung" mit Tatherrschaft handle<sup>3</sup>. Es gibt eben keine Täterschaft ohne Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung<sup>4</sup> und bei voller Tatbestandsverwirklichung kein Problem eines fehlenden Täterschaftskriteriums<sup>5</sup>.

---

1. Siehe auch oben S.38 ff.

2. So aber Mir, F Schr. Welzel S.647.

3. So Maurach, AT S.658; zustimmend Schroeder, aaO S.40.

4. Dazu siehe auch unten Kap.2 und 3.

5. a.A. aber Schroeder, aaO S.40.

Nach allem bleibt festzuhalten, daß, wer die unrechtstypische Handlung im Sinn der früheren Ausführungen vornimmt, Täter ist.

Der Täterbegriff, der damit aufgefunden wurde, ist nicht nur ein "primärer", sondern gleichzeitig ein "restriktiver"<sup>1</sup> in dem Sinn, daß er nur diejenigen Handlungen umschreibt, die auch die Täterstrafe nach sich ziehen. Damit ist auch im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte ein extensiver Täterbegriff abzulehnen<sup>2</sup>, da ja nicht schon jeder, der kausal für den tatbestandsmäßigen Erfolg geworden ist, zuvor pflichtwidrig und damit entgegen der objektiv erforderlichen Sorgfalt gehandelt hat.

Es ist somit der Ansicht beizupflichten, daß Anstiftung und Beihilfe erst durch ihre positiv-rechtliche Regelung unter Strafe gestellt worden sind, daß also die §§ 26 und 27 StGB die Strafbarkeit ausdehnen<sup>3</sup>.

Es wird darzulegen sein, daß der restriktive Täterbegriff entgegen weitverbreiteter Ansicht<sup>4</sup> ohne weiteres auch die Figur der mittelbaren Täterschaft sinnvoll erfassen kann<sup>5</sup>.

- 
1. Einen solchen Täterbegriff vertreten z.B. Beling, Lehre S.250, H.Mayer, Lehrbuch S.300, Herzberg, GA 71,2, Maurach, AT S.623 f und Schmidhäuser, AT S. 499; siehe insbesondere auch Roxin, Täterschaft S.10 ff, Busse, Täterschaft S.240 und Blei, AT S.219 f.
  2. a.A. aber z.B. Lampe, ZStW 71,613.
  3. So z.B. auch Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor §25,7, Beling, aaO S.250, Busch, LK vor §47,9, Wegner, AT S.249, Blei, AT S.222, Busse, aaO S.241, Jescheck, AT S.491 und H.Mayer, aaO S.300; a.A. aber die Theorie vom Einheitstäter und diejenige vom extensiven Täterbegriff.
  4. So z.B. Zimmerl, ZStW 49,53, Roeder, ZStW 69,228, Gerhardt, Abgrenzung S.10 und Spendel, JuS 74,754: "allgemeine Meinung"; w.N. bei Schroeder, aaO S.45.
  5. Dazu siehe unten Kap.2.



## C     Täterschaft und Pflichtwidrigkeit

Es wurde oben ausgeführt, daß die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens in dessen Pflichtwidrigkeit besteht<sup>1</sup>. Nunmehr soll noch untersucht werden, ob die Täterschaft sich generell nach den Kriterien der "Pflichtdelikte"<sup>2</sup> richtet.

Roxin, der den Begriff "Pflichtdelikte" in die Diskussion eingeführt hat, hat das Kriterium der Pflichtverletzung als Täterkonstituens zunächst am Beispiel der Sonderdelikte<sup>3</sup> entwickelt, wobei er immer wieder betonte, daß es sich jeweils um die Verletzung von Sonderpflichten handele<sup>4</sup>. Dies entspricht unseren Ausführungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann<sup>5</sup>.

Übereinstimmung besteht generell auch insoweit, als Roxin die Unterlassungsdelikte den "Pflichtdelikten" zuordnet und ausführt, daß bei diesen Täter derjenige sei, der eine spezielle Pflicht, nämlich die aus der Garantenstellung entspringende, verletzt<sup>6</sup>, wobei die noch offenen Fragen hier - weil nicht thematisch - nicht weiter behandelt worden sind<sup>7</sup>.

Roxin ging jedoch weiter: bei den Fahrlässigkeitsdelikten soll Täter derjenige sein, der seine Sorgfaltspflicht verletzt, da auch bei diesen Delikten der

---

1. Siehe dazu oben Teil II Kap.1.

2. Dazu siehe Roxin, Täterschaft S.352 ff, 458 ff und 527 ff.

3. aaO S.352 ff.

4. aaO S.354 f.

5. Siehe dazu oben Teil II Kap.2 D.

6. Roxin, aaO S.458 ff.

7. Dazu siehe oben S.186 f.

Täterbegriff der Pflichtdelikte gültig sei<sup>1</sup>.

Wenn aber dieser Standpunkt zutreffend wäre, dann müßte dieser Täterbegriff nicht nur für die "Pflichtdelikte" gelten, sondern ganz generell. Denn - wie oben aufgezeigt wurde<sup>2</sup> - jeder vorsätzlichen Straftat "unterliegt" eine Fahrlässigkeitstat. Die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens bestimmt sich nach Kriterien, die man im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte als "Sorgfaltspflichtverletzung" zu bezeichnen pflegt; die Rechtswidrigkeit ist bei einer vorsätzlichen Handlung aber von derselben Struktur wie bei einer Fahrlässigkeitstat. Mit anderen Worten: der Vorsatz konstituiert das spezielle Unrecht des jeweiligen Vorsatzdelikts dadurch, daß er zu dem Unrecht der Fahrlässigkeitstat hinzutritt<sup>3</sup>. Wenn aber an der "Basis", im Bereich der "primären Rechtswidrigkeit"<sup>4</sup>, der Täterbegriff der Pflichtdelikte gelten würde, dann müßte er generell gelten.

Dieser scheinbare Widerspruch ist jedoch leicht auszuräumen: bei den Fahrlässigkeitsdelikten wird zwar eine Pflicht verletzt, nicht aber eine Sonderpflicht. "Pflichtdelikte sind fahrlässige Verletzungsdelikte nur so viel und so wenig wie vorsätzliche: Es besteht nur eine Pflicht zur Erfolgsvermeidung."<sup>5</sup>

Roxins Fehler war es nun, die Sorgfaltspflichtverletzung gleichzusetzen mit der Verletzung einer Sonderpflicht.

---

1. aaO S.527 f; gerade in diesem Punkt sind die Ausführungen von Roxin sehr häufig auf Widerspruch gestoßen.

2. Siehe dazu oben S.94, 156 ff, 168 f und 203.

3. Siehe dazu oben S.94, 156 ff, 168 f und 203.

4. Siehe oben S.94.

5. So - allerdings von anderen Prämissen aus - Jakobs, Studien S.67 f; vgl. auch Otto, JuS 74,705.

Roxin, der seine Auffassung inzwischen allerdings inso-  
weit revidiert hat<sup>1</sup>, behandelte somit die Verletzung  
einer "Basisverpflichtung" genau wie diejenige einer  
Sonderpflicht, die sich aus der Überantwortung eines  
bestimmten Lebensbereiches ergibt<sup>2</sup>. Das aber ist nur  
zutreffend in den Fällen, in denen Sonderdelikte  
auch fahrlässig begiehbar sind<sup>3</sup>.

Nur wo eine besondere Stellung des Täters zum Rechts-  
gut durch sein Verhalten verletzt wird, gehört - falls  
der gesetzliche Tatbestand entsprechend gefaßt ist -  
die Sonderpflichtverletzung zum typischen Unrecht<sup>4</sup>.  
Diese besondere Nähe des Handelnden zum geschützten  
Rechtsgut besteht aber bei der Mehrzahl der  
Fahrlässigkeitsdelikte nicht.

Fahrlässigkeitsdelikte ähneln lediglich den als  
Pflichtdelikte definierten Sonderverbrechen darin,  
daß bei beiden Deliktsarten die Pflichtverletzung  
als Konstituens des Unrechts deutlicher hervortritt  
als bei "normalen" Vorsatzdelikten. Gerade bei den  
Fahrlässigkeits- und bei den Sonderdelikten wird auch  
klarer als bei sonstigen Vorsatzdelikten, daß die  
Verletzung von eigenen Pflichten zugerechnet wird,  
nicht aber die Pflichtverletzung eines Dritten. Die  
Sorgfaltspflicht kann jedermann nur für die eigene  
Person verletzen; dasselbe gilt aber auch für die  
aufgrund einer Überantwortung bestehende "Sonderver-  
pflichtung". Das höchstpersönliche der Pflicht-

---

1. ZStW 85, 103 N.14; ganz ausdrücklich dann in Fsch. Gallas S.241 und Täterschaft (3.Aufl.) S.601.

2. Siehe dazu oben Teil II Kap.2 D.

3. Siehe oben Teil II Kap.3 A.

4. Eingehend dazu oben Teil II Kap.2 D.

verletzung gilt aber, das hat Hardwig richtig ausgeführt<sup>1</sup>, in allen Bereichen: die Pflichtverletzung kann nur derjenigen Person zugerechnet werden, die ihre eigene Pflicht verletzt hat<sup>2</sup>. Wenn Hardwig dann aber ausführt<sup>3</sup>, es gäbe, wäre die Tat nur Pflichtverletzung, zwar ein Subjekt der Pflichtverletzung, nicht aber eine Fläche mit zentralem und peripherem Bereich, so daß man zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht unterscheiden könnte, da keine "Zentralgestalt des Verbrechens" festgestellt werden könnte, dann ist zumindest dieser Schlußfolgerung zu widersprechen. Es wird darzulegen sein, daß der Teilnehmer ebenfalls pflichtwidrig handelt, jedoch eine andere Pflicht verletzt, eine Pflicht minderer Bedeutung allerdings, deren Verletzung ihn nicht zur "Zentralgestalt des Verbrechens" machen kann<sup>4</sup>.

Der Täterbegriff der Pflichtdelikte stellt nach allem auf die Verletzung von Sonderpflichten ab und muß auch auf diesen Bereich beschränkt bleiben, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikte handelt. Der Täterbegriff der "Pflichtdelikte" erfaßt somit lediglich eine spezielle Art der "ur echtstypischen Handlung", nämlich den Rechtsgutsangriff bei gleichzeitiger Verletzung von Sonderpflichten. Damit erweist sich der Täterbegriff der "Pflichtdelikte" als besondere Ausprägung des allgemeinen Täterbegriffs. Nach allem bleibt es dabei, daß Täter derjenige ist, dessen Handlung ex ante gesehen geeignet ist, das deliktstypische Unrecht herbeizuführen.

---

1. JZ 65,668.

2. Vgl. auch D.Meyer, Kollusion S.105 und unten Kap.2.

3. JZ 65,668; auch Hardwig-Buschendorf, JZ 67,89.

4. Dazu siehe unten Kap.2 und 3.

## D Täterschaft und Tatherrschaft

Eingangs der Arbeit wurde Täterschaft als Vornahme der deliktstypischen Handlung definiert. Dann wurde nach einer Untersuchung der Kriterien der Rechtswidrigkeit versucht, die Kriterien des tatbestands-typischen Unrechts herauszukristallisieren<sup>1</sup>. Wenn bei der Darstellung der deliktstypischen Handlung der Begriff der "Tatherrschaft" nicht verwendet wurde, obwohl die ganz überwiegende Zahl der Autoren die Ansicht vertritt, Täterschaft bedeute "Tatherrschaft" und obwohl ja auch diese Untersuchungen den Täterbegriff umreißen sollten, so kann das zwei Gründe haben:

1. die Tatherrschaft ist tatsächlich ein "zusätzliches" Merkmal, d.h. ein neben der Unrechtshandlung erforderliches Kriterium der Täterschaft<sup>2</sup> wie dies z.B. von Schroeder<sup>3</sup>, Gimbernat-Ordeig<sup>4</sup>, Herzberg<sup>5</sup> und Less<sup>6</sup> behauptet wird. Als zusätzliches Merkmal aber wäre die "Tatherrschaft" überflüssig, da die Vornahme der Unrechtshandlung allein schon die Täterschaft konstituiert<sup>7</sup>.
2. die Tatherrschaft ist implizit in den im zweiten

---

1. Siehe oben Teil II.

2. So das Verdikt der Tatherrschaftstheorie über den "Täterwillen" der subjektiven Theorie; z.B. Roxin, Täterschaft S.128; vgl. auch oben S.224 ff.

3. Täter S.39 und 63.

4. ZStW 80,919.

5. Täterschaft S.13 f.

6. JZ 51,552; Ähnlich auch Jakobs, GA 71,264 und Gerhardt, Abgrenzung S.9 f.

7. Siehe oben Teil II sowie S.224 ff.

Teil der Arbeit herausgearbeiteten Kriterien enthalten.

Für die erste Möglichkeit scheint dabei zu sprechen, daß der hier entwickelte Täterbegriff auf dem Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte aufbaut<sup>1</sup>. Obwohl nämlich bei einem Großteil der Fahrlässigkeitsdelikte ein "beherrschbarer" Kausalablauf vorhanden ist wie z.B. im Fall der fahrlässigen Tötung, wird gerade bei diesen Delikten allgemein der Tatherrschaftsgedanke als nicht maßgeblich angesehen. Vielmehr soll es bei diesen Delikten auf die Pflichtverletzung selbst ankommen<sup>2</sup>. Wenn nun "Pflichtverletzung" bedeuten würde, daß "Tatherrschaft" nicht möglich sein kann, dann müßten wir - da erstere Kriterium jeder Straftat ist<sup>3</sup> - konsequenterweise die Tatherrschaft als Kriterium der Täterschaft verwerfen.

Für die erste Möglichkeit scheint auch zu sprechen, daß Roxin - ebenso wie andere Autoren - die Ausführungen zur Tatherrschaft mit der "Handlungsherrschaft" des Alleintäters<sup>4</sup> eines vorsätzlichen Delikts be-  
ginnt. Diese Ausführungen sind aber sozusagen "chemisch rein": hier wird eine Herrschaft dekretiert, die eigentlich gar nicht zweifelhaft sein kann<sup>5</sup>.  
Dabei kann hier davon abgesehen werden, daß es einen

---

1. Siehe dazu oben Teil II Kap.1.

2. Roxin, aaO S.527; diese Stellungnahme dürfte durch die Tatsache, daß er die "normalen" Fahrlässigkeitsdelikte nicht mehr als "Pflichtdelikte" einordnet (siehe oben S.229 N.1), nicht berührt worden sein.

3. Siehe oben S.45 ff und 99 f.

4. aaO S.127 ff.

5. Dies ist wohl auch der Sinn der Einwendungen von Hardwig, JZ 65,668; vgl. auch Schroeder, aaO S.68 und 191.

"Alleintäter" im eigentlichen Wortsinn nur geben kann, wenn man schon die Unrechtskriterien einschränkend festlegt, da jedes menschliche Handeln eingebettet ist in ein soziales Feld, das man schon vorfindet und das durch Handlung oder Unterlassung beantwortet wird. Da es somit völlig unmöglich ist, sämtliche Erfolgsbedingungen selbst zu setzen, dürfte die auf der Äquivalenztheorie beruhende Unrechtslehre den Begriff des Alleintäters (im Unrechtsbereich) gar nicht verwenden. Aber auch andere Unrechtstheorien müßten, bevor vom Alleintäter gesprochen wird, definieren, was unter "eigenhändiger Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale" verstanden wird<sup>1</sup>.

Abgesehen aber von diesen Bedenken muß bei der Alleintäterschaft bei demjenigen liegen, der die unrechtmäßige Handlung (allein) vorgenommen hat. In allen übrigen Fällen aber haben - so will es jedenfalls erscheinen - die Kriterien der Tatherrschaft<sup>2</sup> nicht so sehr die Funktion, die Täterschaft zu konstituieren als diejenige, die Täterschaft von der Teilnahme abgrenzen zu können. Dies läßt sich auch an den Stellungnahmen zu den Fahrlässigkeitsdelikten ersehen. Denn daß bei den Fahrlässigkeitsdelikten der Gedanke der Tatherrschaft völlig hinter demjenigen der Pflichtverletzung zurücktrat, liegt doch wohl zumindest zu einem Teil auch daran, daß bei der Fahrlässigkeitstat zwar ein Kausalverlauf vom Handelnden "initiiert", nicht jedoch bewußt beherrscht wird. So liegt auch

- 
1. Dies wird jedoch in der Regel nicht getan; siehe z.B. Busse, Täterschaft S.74 f.
  2. Dazu siehe Roxin, aaO S.307 ff und Schroeder, aaO S.58 ff je m.w.N.



hier der Gedanke nahe, daß die "Tatherrschaft" schon in einer Weise definiert worden ist, daß der Begriff nur auf Vorsatzdelikte paßt und daß mit seiner Hilfe die Abschichtung von Täterschaft und Teilnahme vorgenommen werden sollte.

Wenn aber "Tatherrschaft" nur dort möglich wäre, wo Teilnahme ebenfalls möglich ist, d.h. also lediglich bei Vorsatzdelikten, dann könnte sie nicht allgemeines Täterkriterium sein, da diese Abgrenzung nicht bei allen Formen der Täterschaft erforderlich ist, weil das deliktstypische Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte in diesem Fall schon erfüllt wäre, ohne daß der Handelnde die "Tatherrschaft" hat.

Eine derartige Sicht der Dinge würde aber übersehen, daß "Tatherrschaft" und "Pflichtverletzung" sich nicht gegenseitig ausschließen. Die Begriffe - bzw. die damit gemeinten Sachverhalte - haben sogar nichts miteinander zu tun: der Begriff der "Tatherrschaft" ist entnommen der Welt des Tatsächlichen, er umschreibt eine bestimmte, näher definierte Position des Handelnden zu seiner Tat, wobei nicht verkannt wird, daß auch diese Art der Herrschaft einen normativen Aspekt hat<sup>1</sup>. Der Begriff der "Pflichtverletzung" umreißt eine Eigenschaft des Handelnden in Beziehung auf seine Tat<sup>2</sup>.

Eine Handlung kann somit unter Verletzung von Pflichten

- 
1. Vgl. auch Busse, aaO S.266 f; dieser normative Aspekt spielt eine maßgebliche Rolle bei der Abgrenzung von (mittelbarer) Täterschaft und Anstiftung; dazu siehe unten Teil III Kap.2.
  2. Vgl. Roxin, aaO S.258.

begangen werden, ohne daß mit der Bejahung der Pflichtverletzung selbst schon gesagt wäre, ob der Handelnde den Handlungsvorgang im Sinn einer "Tatherrschaft" beherrscht hat. Umgekehrt bedeutet die Herrschaft über einen Handlungsablauf noch nicht, daß die Handlung unter Verletzung irgendwelcher Pflichten vorgenommen worden ist. Konkret ausgedrückt: der "Alleintäter" eines Totschlags, also der Inhaber der Handlungsherrschaft, verletzt durch seine Handlung seine Pflicht; umgekehrt "beherrscht" der Vermögensverwalter, der unter Verletzung seiner speziellen Pflichten das fremde Vermögen veruntreut, diese seine Handlung in dem Sinn, daß ihm die "Tatherrschaft" über dieselbe zuerkannt werden muß, weshalb der Ausdruck "Tatherrschaft" zum Teil auch für normative Bezugspunkte der Tat verwendet wird<sup>1</sup>.

Nach allem ist festzuhalten, daß, wenn "Tatherrschaft" und "Pflichtwidrigkeit" als sich gegenseitig ausschließende Begriffe definiert werden, das Prädikat der Herrschaft: "Tat" zu wenig beachtet wird. Denn wenn die Tat sich der Struktur nach ändert, dann muß sich folglich auch die Struktur der "Tatherrschaft" ändern, wenn die Herrschaft als solche gewahrt bleiben soll.

Diese Zusammenhänge sind von der Tatherrschaftslehre nicht hinreichend deutlich herausgearbeitet worden. Auch Schilling weist darauf hin, daß die Tatherrschaftslehre daran krankt, daß sie sich nicht als

---

1. Dazu siehe z.B. Roxin, aaO S.72 über Gallas; aber auch in den von Roxin verwendeten Begriff der Tatherrschaft fließen (zu Recht) normative Kriterien ein; z.B. aaO S.141 ff; siehe dazu auch unten Kap.2.

"Lehre von der Tatbestandshandlung" versteht<sup>1</sup>.

Schillings eigene, der hier vertretenen im Ansatz zum Teil sehr ähnlich Ansicht wird leider überhaupt nicht weiter ausgeführt, so daß man nur erfährt, daß tatbestandsmäßige Handlung diejenige ist, mit der Tatherrschaft begründet wird<sup>2</sup>, nicht aber auch, was dazu erforderlich ist<sup>3</sup>.

Im folgenden wird aufzuzeigen sein, was unter dieser "Herrschaft" zu verstehen und in welchen Spielarten dieselbe aufzufinden ist. Zuvor erscheint jedoch noch ein weiterer Vorbehalt gegenüber dem Begriff der "Tatherrschaft" in seiner üblichen Ausprägung angebracht. Zur Begründung dieser Herrschaft wird in der einen oder anderen Form immer abgestellt auf das tatsächliche "in-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes"<sup>4</sup>, auf eine tatsächliche Herrschaft also. Die Tatherrschaft wird somit beurteilt, nachdem die Tat abgelaufen ist; maßgeblich ist insoweit der Standpunkt ex post<sup>5</sup>. Das ist auch

---

1. Verbrechensversuch S.110.

2. aaO S.109 ff.

3. Gerade insoweit entsteht der Eindruck, daß Schilling einem weitreichenden Kausalismus huldigt (aaO S.95 und 105 ff) und so letztlich zu denselben Ergebnissen gelangen könnte wie die subjektive Teilnahme-theorie. So setzt er ohne weiteres einen "menschlichen Kausalfaktor" wie z.B. einen Mittäter oder ein "Werkzeug" (i.e. bei mittelb.Täterschaft) einem unbelebten Gegenstand gleich, was an den gesetzlichen Wertungen ohne weiteres vorbeigehen dürfte; zu diesen Fragen siehe auch unten Kap.2.

4. So z.B. Maurach, AT S.659.

5. Dabei wählt Roxin für die "kritischen Bereiche" jedoch den zutreffenden Bezugspunkt: beim Versuch soll der Verbrechensplan (aaO S.452 ff) und bei Verkennung herrschaftsbegründender Umstände das Gewollte maßgeblich sein (aaO S.271 ff); der Sache nach ist dies der Standpunkt ex ante.

der Grund für die Schwierigkeiten, die eine rein objektive Auffassung von der Tatherrschaft mit "fehlgeschlagenen" Taten hat. Obwohl hier ein tatsächliche Herrschaft häufig bestehen wird, will man dem Hintermann diese nicht anlasten, wenn er um die herrschaftsbegründenden Umstände nicht wußte<sup>1</sup>.

Nach unseren früheren Darlegungen ist schon diese Grundposition der Tatherrschaftslehre nicht zutreffend. Denn da Täterschaft Vornahme der unrechtstypischen Handlung ist, diese als rechtswidrige und unrechtmäßige aber vom Standpunkt ex ante beurteilt werden muß, bleibt nur eine Schlußfolgerung: auch die Tatherrschaft muß - soweit ihr eine eigenständige Bedeutung überhaupt zuzumessen ist - ex ante feststellbar sein. Maßgeblich ist folglich nicht - jedenfalls nicht primär - die tatsächliche Tatherrschaft, die für die Frage der endgültigen Haftung für die rechtswidrige, unrechtmäßige Handlung jedoch höchst bedeutsam bleibt<sup>2</sup>, sondern die ex ante vorhersehbare Tatherrschaft für eine bestimmte, in der Zukunft zu verwirklichende Handlung<sup>3</sup>. Soweit die "Tatherrschaft" für die Täterlehre, d.h. also für die Lehre vom deliktstypischen Unrecht, Bedeutung hat, ist maßgeblich nicht die aktuelle Herrschaft für eine schon ausgeführte Handlung, sondern die potentielle Tatherrschaft für eine beabsichtigte Tat.

---

1. Vgl. dazu Roxin, aaO S.261 ff und Jescheck, AT S. 509 f je m.w.N.; siehe auch unten Kap.2 C.

2. Siehe dazu oben Teil II Kap.1 A.

3. Eingehend dazu siehe unten Kap. 2 und 3.

## Kapitel 2            Die Abgrenzung von mittelbarer                          Täterschaft und Anstiftung

Wenn man die Abgrenzungsversuche zu Anstiftung und mittelbarer Täterschaft<sup>1</sup> kritisch sichtet, dann ist man überrascht, daß in den wenigsten Fällen nachprüf-  
bare Kriterien für die Wertungen angegeben werden, nach denen diese Abgrenzung vorgenommen wird. Eine solche detaillierte Abgrenzung hätte dabei um so näher gelegen als sowohl bei der Anstiftung als auch bei der mittelbaren Täterschaft zwei Personen hintereinander-geschaltet sind<sup>2</sup>. Während also bei Mittäterschaft und Beihilfe zwei "Täter" nebeneinander handeln<sup>3</sup>, "verleiten" sowohl der Anstifter als auch der mittelbare Täter eine dritte Person, d.h. also den Täter bzw. das "Werkzeug", zur Tat. Gerade weil also die beiden Institute ihrer Handlungsstruktur nach ähnlich sind, weil die Tendenz der Handlungen sowohl des mittelbaren Täters als auch des Anstifters in die gleiche Richtung zielt, nämlich einen Dritten für die eigenen Ziele handeln zu lassen, muß der Wertungs-  
unterschied zwischen diesen beiden Beteiligungsformen

- 
1. In der Regel wird mehr auf die Ähnlichkeit von Mit-täterschaft und Anstiftung hingewiesen. Dies liegt an dem Erfordernis der "Kollusion", d.h. der Willens-  
übereinstimmung zwischen Anstifter und Täter bzw. zwischen Mittätern; umfassend dazu siehe D.Meyer, Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung.
  2. Vgl. dazu auch Class, FschR.Stock S.122 und Spendel, FschR.R.Lange S.168.
  3. Siehe auch Class, aaO S.122 und Kretschmar, Teil-nahme S.80.

doch ganz eindeutig begründet werden.

Unzutreffend ist z.B. die Begründung, daß der mittelbare Täter fremdes Tun mit Täterwillen veranlasse<sup>1</sup>.

Ein solcher Täterwille ist nicht Erfordernis irgendeines gesetzlichen Tatbestands<sup>2</sup> und kann folglich auch kein brauchbares Abgrenzungskriterium sein.

Auch in dem Satz, der mittelbare Täter bediene sich zur Ausführung des Delikts eines "unterlegenen Werkzeugs", liegt keine Begründung, da je gerade offenbleibt, wann das Werkzeug unterlegen ist und aufgrund welcher Kriterien das nachprüfbar ist.

Eine Begründung, die die Abgrenzungskriterien nicht verschweigt, kann nur in folgender These liegen: die Handlung des mittelbaren Täters erfüllt sämtliche Merkmale, die das deliktstypische Unrecht ausmachen<sup>3</sup>, diejenigen des Anstifters (bzw. auch des Gehilfen) dagegen nicht<sup>4</sup>. Der mittelbare Täter ist folglich Täter wie jeder andere Täter auch; er führt, mit anderen Worten, die im jeweiligen Tatbestand umschriebene Handlung aus.

Damit setzen wir und in Widerspruch mit den Ausführungen z.B. von Gimbernat-Ordeig<sup>5</sup>, der die mittelbare Täterschaft als Ausnahme vom Ausführungsprinzip charakterisiert und die Probleme im Wege einer "Gleichstellung"<sup>6</sup>

---

1. So z.B. Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,7.

2. Dazu siehe oben S.38 ff, 215 ff und 225.

3. Das ist auch das Ergebnis der Ausführungen von Gallas, Gutachten S.132 ff; vgl. auch Gerhardt, Abgrenzung S.14 ff, 23 f m.w.N.; siehe auch Busse, Täterschaft S.37 und Schilling, Verbrechensversuch S.42 f, 53 ff und 108 ff; a.A. aber z.B. Kohlrausch-Lange, StGB vor §47, I A.

4. So auch Schilling, aaO S.115; a.A. z.B. Herzberg, Unterlassung S.305.

5. ZStW 80,917 ff; siehe auch Kotsalis, Täterschaft S.14 ff.

6. ZStW 80,934 ff.

lösen will. Aber auch Lampe<sup>1</sup> hält den mittelbaren Täter nicht für einen Täter im eigentlichen Sinn, sondern unterstellt ihn als "Urheber" den Teilnahme-regeln, wozu allerdings anzumerken ist, daß dem Gesetz das Institut der "Urheberschaft" unbekannt ist. Schließlich hält neuerdings auch Busse<sup>2</sup> die mittelbare Täterschaft für eine Möglichkeit, einen Teilnehmer-beitrag "aufzuwerten". Zu widersprechen ist aber auch Roxin, soweit seine Ausführungen darauf hin-deuten, daß die mittelbare Täterschaft eine Ausnahme vom "Ausführungsprinzip" enthalte, indem er darauf ab-stellt, daß der mittelbare Täter die Handlungsherrschaft des Werkzeugs beherrsche<sup>3</sup>: maßgeblich ist nicht die Willensherrschaft des Hintermanns, sondern allein die Frage, ob der Hintermann tatbestandsmäßig gehandelt hat oder nicht. Alle dargelegten Ansichten zeigen somit, daß das Institut der mittelbaren Täterschaft nicht zu-treffend eingeordnet werden konnte, weil nicht erkannt wurde, daß der mittelbare Täter Täter im eigentlichen Sinn ist, daß seine Handlung also die tatbestandsmäßige Handlung im Sinn des jeweiligen Tatbestandes ist.

Die mittelbare Täterschaft ist, wie Johannes zutref-fend ausgeführt hat, ein "Scheinproblem"<sup>4</sup>; sie ist -

---

1. ZStW 77, 298.

2. Täterschaft S. 93 f.

3. Täterschaft S. 142 f.

4. Vgl. Täterschaft S. 44 ff, aber auch Schilling, Ver-brechensversuch S. 39 ff, 42 und 53 ff; die Arbeit von Johannes ist - m.E. nicht ganz zu Recht - von verschiedensten Seiten zum Teil sehr heftig kri-tisiert worden wie z.B. von Roxin, ZStW 77, 100 ff, Herzberg, Unterlassung S. 47 ff, 52 und besonders Schroeder, Täter S. 90, 94: "negative Bestätigung" der eigenen Ansicht durch die Tatsache, daß Johannes das Problem anders löst.



dogmatisch gesehen - nicht erforderlich, wenn auch von hohem didaktischen Wert. Die Begriffe "mittelbare Täterschaft" und "Werkzeug" sind streng genommen überflüssig. Wenn Schroeder gegenüber dieser auch von Johannes schon vertretenen Ansicht<sup>1</sup> einwendet, Johannes ignoriere das Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit und gebe den hochentwickelten Begriffsapparat der Teilnahmelehre auf, dann ist dies Argument selbst als äußerst fragwürdig zu bezeichnen<sup>2</sup>.

Denn dieser hochentwickelte Begriffsapparat wird doch - wie Schroeder ja auch selbst erkennt - von jedem Autor unterschiedlich benutzt<sup>3</sup>.

Entgegen weitverbreiteter Auffassung<sup>4</sup> ist also daran festzuhalten, daß der mittelbare Täter nicht für die von seinem Werkzeug ausgeführte Tatbestandshandlung haftet, sondern selbst tatbestandsmäßig handelt<sup>5</sup>.

Diese These von der mittelbaren Täterschaft als einem "Scheinproblem" gilt es im folgenden näher zu begründen.

---

1. Täterschaft S.44 ff.

2. Täter S.90.

3. So legt z.B. auch Schroeder selbst die Voraussetzung einer Ausführungshandlung nirgends dar geschweige denn definiert er seine Kriterien; denn die "materielle Beherrschung des Vordermanns durch den Hintermann" ist nicht an nachvollziehbare Kriterien gebunden; vgl. Schroeder selbst, aaO S.130; wie hier auch Roxin, ZStW 78,224 ff.

4. N. bei Schilling, aaO S.39 ff.

5. So auch, wenn ohne Begründung Schilling, aaO S.95, 104 f.

## A Anstiftung

Anstiftung ist das vorsätzliche Bestimmen eines anderen zu der von diesem zu begehenden<sup>1</sup> vorsätzlichen<sup>2</sup> Straftat, wobei alle Mittel für die Anstiftung tauglich sind, "sofern es sich um Mittel geistiger Beeinflussung handelt."<sup>3</sup> Somit kommen auch Drohung oder Anwendung von Gewalt und die Herbeiführung von Irrtümern ebenso als Anstiftungsmittel in Betracht wie das Versprechen von Belohnungen u.a.<sup>4</sup> Diese Mittel können aber unbestrittenermaßen auch zur Annahme mittelbarer Täterschaft führen<sup>5</sup>. Da "§48 StGB die Drohung nicht als Mittel der Anstiftung nennen" könnte, wenn jede Drohung mittelbare Täterschaft begründen würde<sup>6</sup>, und weil somit eine "gewisse äußere Ähnlichkeit von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung" besteht<sup>7</sup>, muß versucht werden, die Grenze zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft festzulegen.

- 
1. In der Regel heißt es hier "begangenen"; diese Wortwahl ist nur aus dem Standpunkt ex post zu verstehen und ist ohne weiteres als unrichtig zu erkennen, da der Vorgang der Anstiftung zeitlich vor der Tat liegen muß und darüberhinaus von der späteren Vorannahme der Tat unabhängig ist: auch die lediglich versuchte Anstiftung ist Anstiftung.
  2. Zu diesem Problem siehe unten Text zu C.
  3. Jescheck, AT S.521.
  4. Ob auch eine Anstiftung oder mittelbare Täterschaft durch Unterlassen möglich ist, ist umstritten; dazu siehe unten am Ende dieses Abschnitts.
  5. Ebenso z.B. Jescheck, AT S.521 und Stratenwerth, AT Rn.882.
  6. Herzberg, Täterschaft S.46 N.135.
  7. Herzberg, aaO S.48; ebenso auch D.Meyer, Kollusion S.32, 63; siehe auch Gerhardt, Abgrenzung S.25 f.

Diese Grenze - das ist so häufig festgestellt worden, daß es keiner näheren Erläuterung bedarf<sup>1</sup> - muß die Stellung der Tatbeteiligten und ihr Gewicht für die Tat aufzeigen und die maßgeblichen Wertungsunterschiede beachten.

Es ist schon dargelegt worden, daß zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nicht auf den Täter- bzw. Teilnehmerwillen abgestellt werden darf, da zum einen schon im Bemühen um das Hervorrufen eines Deliktsentschlusses ein eigenes Interesse an der Durchführung der Tat gesehen werden muß, so daß der typische Fall der Tatveranlassung zur Annahme mittelbarer Täterschaft führen müßte<sup>2</sup>, und weil vor allem das Erfordernis eines solchen Täterwillens im Gesetz nicht verankert ist und die Abgrenzung nach demselben der Praxis die Möglichkeit gibt, durch "Unterschieben" des jeweiligen "animus" je nach Belieben die Stellung als Täter oder Teilnehmer zu dekretieren<sup>3</sup>.

Es braucht auch nicht auf die schon häufig zur Abgrenzung herangezogenen und vielfach kritisierten Kriterien des "Übergewichts", der "größeren Gefährlichkeit", der "Tatherrschaft" etc.<sup>4</sup> eingegangen werden. Denn entweder handelt es sich bei diesen Kriterien um "ungeschriebene, zusätzliche Merkmale"<sup>5</sup>; in diesem Fall müßte von den Vertretern der jeweiligen Kriterien zunächst einmal nachgewiesen werden, aufgrund

---

1. Dazu siehe die dogmatisch-historischen Überblicke z.B. bei Roxin, Täterschaft S.38 ff, Schroeder, Täter S.17 ff, Herzberg, aaO S.8 ff und Busse, Täterschaft S.261 ff.

2. So auch Roxin, ZStW 78,224 und FschR.R.Lange S.175.

3. Dazu siehe oben S.38 ff, 215 ff und 224 f.

4. Vgl. oben S.5 f; dazu siehe eingehend die in N.1 aufgeführten Nachweise.

5. Siehe dazu oben S.231 m.N.

welcher Überlegungen diese zusätzlichen "Tatbestandsmerkmale" überhaupt bei der Abgrenzung berücksichtigt werden dürfen. Wenn die Kriterien dagegen "Bestandteil" des Tatbestands und damit - zumindest implizit - im zweiten Teil der Arbeit mitumschrieben worden sind, dann würde eine erneute Auseinandersetzung nur eine gewisse Klarstellungsfunktion ohne eigenen dogmatischen Wert haben.

Eine Rückbesinnung auf die Struktur tatbestandlichen Unrechts gibt demgegenüber sofort das zutreffende Abgrenzungskriterium an die Hand: Anstiftung liegt nur dort vor, wo der Grad der Beeinflussung nicht so intensiv ist, daß die Eignung der Handlung des Hintermanns zur Herbeiführung der tatbestandsmäßigen Handlung bzw. des tatbestandsmäßigen Erfolgs bejaht werden muß. Dies ist der Sache nach schon von der sog. "Gefährlichkeitstheorie" erkannt worden: "Solange der Eintritt des Verletzungserfolges von einer Bedingung, die durch fremde, vorsätzliche Handlung gesetzt werden soll, abhängt, solange steht das Rechtsgut noch unter dem Schutz der vom Verbrechen abhaltenden Motive und hat daher die Gefahr noch nicht den höchsten Grad erreicht."<sup>1</sup>

Wenn Lange also ausgeführt hat, daß jede "Veranlassung eines anderen, die Tat auszuführen, durchaus generell geeignet ist, den Tatbestand zu verwirklichen"<sup>2</sup>, dann geht diese Ansicht an den gesetzlichen Bestimmungen vorbei, die ja zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheiden. Denn wenn die Handlung des Teilnehmers

---

1. Perten, Beihilfe S.62 ff, 90, 125 ff.

2. Täterbegriff S.64.



trotz ihrer Kausalität nicht zur Annahme von Täterschaft führt, dann kann dies nur daran liegen, daß sie nicht rechtswidrig bzw. nicht unrechtstypisch im Sinn der Ausführungen im zweiten Teil dieser Untersuchung ist.

Diese These wird der Sache nach nur von der Einheits-tätertheorie sowie von der Lehre vom extensiven Täterbegriff nicht unterstützt, da diese Lehren die Ansicht vertreten, daß die Tatbestände des Besonderen Teils auch den Anstifter und den Gehilfen mitumschreiben und nicht lediglich den Täter<sup>1</sup>. Wo aber ausgeführt wird, nur der Täter allein nehme die Ausführungshandlung vor<sup>2</sup>, der "Sprachgebrauch" lasse es zwar zu, den mittelbaren Täter als Dieb etc. zu bezeichnen, nicht aber den Teilnehmer<sup>3</sup>, oder wenn ein "notwendiger" kausaler Beitrag<sup>4</sup> gefordert wird, wird der Sache nach der hier dargelegte Standpunkt vertreten. Der Unterschied besteht eigentlich nur darin, daß hier versucht wird, die mangelnde "Tatherrschaft" des Teilnehmers als Fehlen der unrechtstypischen Täterhandlung zu begründen, während üblicherweise mit Hilfe eines "zusätzlichen Kriteriums" die Teilnahme von der Täterschaft abgegrenzt wird.

Entgegen der Ansicht z.B. von Roxin setzen also Anstifter und Gehilfe keine adäquaten Bedingungen für den Erfolg; die "Tatherrschaft" des Handelnden, die "Eignung der Handlung zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges" endet nämlich dort, wo die Freiheit und die Verantwortlichkeit eines anderen

---

1. Siehe oben S.34 f und 35 ff.

2. Sog. "formal-objektive Theorie"; N. bei Schmidhäuser, AT S.462.

3. Beling, Grundzüge S.30.

4. N. bei Roxin, Täterschaft S.38 ff.

5. aaO S.62.

anfängt<sup>1</sup>. Von hier aus gewinnt die Lehre von der "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs", von der physisch bzw. psychisch vermittelten Kausalität, vom "Regreßverbot" etc.<sup>2</sup> eine andere Dimension: diese Lehre ist zwar unrichtig, soweit die Kausalität selbst verneint wird<sup>3</sup>; zutreffend ist aber gesehen worden, daß die "Zurechnung" dort enden muß, wo der Erfolg einem "Vordermann" zugerechnet werden muß<sup>4</sup>.

Daß der Anstifter keine erfolgsgerechte Bedingung setzt, wird ganz deutlich, wenn das Problem - entgegen der üblichen Praxis - nicht vom Standpunkt ex post, sondern vom Standpunkt ex ante betrachtet wird. Ex post gesehen ist "jede erfolgreiche Anstiftung ein Beweis für eine gewisse Abhängigkeit gegenüber anderen Einflüssen"<sup>5</sup>; ex ante aber war - jedenfalls in der Regel - diese "Unfreiheit" nicht vorhersehbar. Zutreffend führt deshalb Welp aus, der "eigenverantwortliche" Täter sei "frei, das an ihn herangetragene Motiv zurückzuweisen", da er "seinem Versucher als unabhängiges und selbständiges Rechtssubjekt" gegenüberstehe<sup>6</sup>. Maßgeblich ist also die Ungewißheit des Anstifters über die Entscheidung des Täters. In dieser

- 
1. Vgl. Gallas, Gutachten S.134 und Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzips S.23.
  2. N.bei Roxin, aaO S.44 ff, M.L.Müller, Bedeutung S.65; neuerdings wieder Otto, Fschr.Maurach S.96 ff und NJW 74,528, Rudolphi, Gleichstellungsproblematik S.132 ff, Geilen, JZ 65,469 ff, Kugler, Ingerenz S.243 ff, Welp, Tun S.279 ff und Roxin, Fschr.Gallas S.244 f.
  3. So aber wieder Kahrs, aaO S.23 f.
  4. Vgl. auch Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.117 und Schroeder, Täter S.197; aber auch schon Wegner, AT S.102 und 242.
  5. Schroeder, aaO S.130; dazu siehe Roxin, ZStW 78,226.
  6. Tun S.295 f; auch Roxin, ZStW 78.225.

Ungewißheit des Anstifters (bzw. des Gehilfen) liegt auch der richtige Kern der subjektiven Theorie: derjenige, der die Tat einem "freien Willen" anheimstellt<sup>1</sup>, wird die Tat wahrscheinlich innerlich als "fremde" erleben, wird also den "animus auctoris" nicht haben<sup>2</sup>.

Das Gesetz sieht den Angestifteten als grundsätzlich frei gegenüber den Bestimmungsmitteln eines Anstifters an. Auch hier gilt der Standpunkt ex ante und die sich daraus ergebende Unmöglichkeit einer zutreffenden Prognose über die "Entscheidung" des Täters nach einer Anstiftung. Zutreffend weist daher Kugler insoweit darauf hin, daß zwischen dem Anstoß eines Naturkausalismus und demjenigen eines selbstverantwortlichen Dritten ein Unterschied besteht<sup>3</sup>. Diesen Gedanken drückt Maurach wie folgt aus: "Mittelbare Täterschaft ist Mißbrauch eines unfreien, Anstiftung dagegen Korruption eines freien Menschen."<sup>4</sup> Solange also keine besonderen Umstände<sup>5</sup> vorliegen, solange sich also der "Anstifter" im Rahmen des

- 
1. Dazu siehe z.B. Roxin, aaO S.52 ff, 314 und D.Meyer, Kollusion S.130.
  2. Das Problem der "Freiheit" bzw. "Selbstverantwortung" des unmittelbar Handelnden spielt eine erhebliche Rolle in der Diskussion um die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun (dazu siehe oben S.83 N.3 und 182 ff); insoweit muß nämlich geklärt werden, ob die Schaffung der Gefahr, daß ein Dritter Straftaten begehen werde, zur Begründung dieser Garantenstellung ausreicht oder nicht; dazu siehe ausführlich Granderath, Rechtspflicht S.243 f, Rudolphi, aaO S. 125 ff, 163 ff, Welp, aaO S.274 ff, 301 ff und Kugler, aaO S.243 ff.
  3. aaO S.232 f; vgl. auch Geilen, JZ 65,474, Rudolphi, aaO S.167 f und Welp, aaO S.274 ff.
  4. AT S.633; auch Busse, Täterschaft S.123.
  5. Dazu siehe z.B. Roxin, ZStW 78,225 f gegen Schroeder, aaO S.130.

üblichen hält, muß seine Handlung als zur Herbeiführung des im Tatbestand umschriebenen Verhaltens bzw. Erfolgs ungeeignet angesehen werden. Denn - so hat Roxin in anderem Zusammenhang zutreffend dargelegt - in bestimmten Fällen endet die Steuerbarkeit eines Geschehens "von Rechts wegen."<sup>1</sup>

Dieser Ansicht kann nicht entgegengehalten werden, daß "jede erfolgreiche Anstiftung ein Beweis für eine gewisse Abhängigkeit gegenüber anderen Einflüssen" ist<sup>2</sup> oder daß die Anstiftung generell geeignet sei, das Delikt herbeizuführen<sup>3</sup>. Denn diese Ansichten scheitern daran, daß die Rechtswidrigkeit einer Handlung ex ante zu bestimmen ist<sup>4</sup> und daß folglich, da Täterschaft Vornahme der unrechtstypischen Handlung ist<sup>5</sup>, auch bei Feststellung der Täterschaft die Eignung der in Frage stehenden Handlung zur Herbeiführung des Erfolgs ex ante beurteilt werden muß. Da dies Standpunkt maßgeblich ist, wenn es um die Zurechnung eines Verhaltens als (primär) rechtswidrig geht, ändert sich nichts dadurch, daß ex post die Situation sich ab und zu anders darstellt<sup>6</sup>.

Unter dem Aspekt ex ante muß aber die Eignung der "Bestimmungshandlung" zur Herbeiführung des deliktstypischen Unrechts für den Regelfall<sup>7</sup> verneint werden,

---

1. Fschr.Gallas S.249; der Sache nach schon ders., Täterschaft S.142 ff und ZStW 78,225 ff; zustimmend z.B. Otto, NJW 74,532 N.48.

2. Schroeder, aaO S.130.

3. So aber z.B. Lange, Täterbegriff S.64 und Roxin, Täterschaft S.62.

4. Siehe oben Teil II Kap.1.

5. Siehe oben S.7 f.

6. Dazu siehe unten Text zu C.

7. Die Ausnahmen können zur mittelbaren Täterschaft führen; dazu unten Text zu B.

da eine die Eignung bejahende Prognose, die ja eine Prognose des Verhaltens des Vordermanns einschließen muß, nicht mit der erforderlichen Sicherheit abgegeben werden kann. Die für den Vordermann im Regelfall bestehende Wahlmöglichkeit zwischen dem "Sich-anstiften-lassen" und dem "der Anstiftung widerstehen", mit anderen Worten die "Willensfreiheit" des Menschen bzw. die Unerkennbarkeit der auf den Menschen im Einzelfall wirksamen Kausierungsgesetze verhindern eine derartige Eignungsprognose.

Es muß also davon ausgegangen werden, daß die Anstifterhandlung - gleichgültig welches Anstiftungsmittel gewählt worden ist - im Regelfall mangels "Eignung" im oben dargelegten Sinn<sup>1</sup> nicht "primär-rechtswidrig" ist. Zu widersprechen ist daher Spendel, wenn er ausführt, "gäbe es die Rechtsfigur des Anstifters nicht", müßte "dieser als mittelbarer Täter belangt werden."<sup>2</sup>

Die Anstifterhandlung unterfällt mangels Eignung nicht dem jeweiligen Tatbestand des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches, sie ist rechtswidrig nur aus abgeleitetem Ge- bzw. Verbot. Es handelt sich somit um einen Fall "sekundärer" Rechtswidrigkeit.

Diese These ist bei der Beihilfe leichter zu demonstrieren als bei der Anstiftung. So ist z.B. die Übergabe eines Messers oder eines anderen Gegenstands an einen Dritten nicht möglich, ohne auf als möglich erkennbare oder sogar intendierte Folgen dieser Übergabe abzustellen. Das Problem ist bei der Anstifterhandlung qualitativ gesehen aber das gleiche: auch

---

1. Siehe oben Teil II Kap.1 B.

2. F Schr.R.Lange S.151.

diese Handlung ist (sekundär) rechtswidrig und unrechtmäßig im Sinn des später ausgeführten Delikts, weil der Handelnde mit seiner Handlung einen Anstiftungszweck verfolgt. Aus §26 StGB läßt sich somit nur ein allgemeines Verbot ableiten, gegen das jeder Anstifter pflichtwidrig verstößt: das Verbot nämlich, jemanden zu irgendwelchen Straftaten anzustiften<sup>1</sup>.

Der konkrete Pflichtverstoß des Anstifters läßt sich dagegen erst durch die Konkretisierung von beabsichtigter Tat und Täter feststellen<sup>2</sup>.

Da der Anstifter als "intellektueller Urheber" bzw. "Initiator"<sup>3</sup> den Tatplan "hervorbringt", soll nach Busse<sup>4</sup> Anstiftung durch Unterlassen nicht möglich sein. Denn die geistige Leistung für den Tatplan werde in den angesprochenen Fällen allein durch den Vordermann erbracht. Dem ist zuzustimmen. Wenn Busse dann aber mittelbare Täterschaft durch Unterlassung für möglich hält<sup>5</sup>, dann erscheint dies mit der Auffassung bezüglich der Anstiftung im Widerspruch zu stehen, denn auch der mittelbare Täter muß "geistiger Urheber" seiner Tat sein und muß sogar zusätzlich noch den Vordermann zielbewußt und tatplangemäß "einsetzen". Ob dies aber durch Unterlassen geschehen kann, ob

---

1. Vgl. auch Otto, F Schr. R. Lange S. 207 f.

2. Dazu siehe auch D. Meyer, Kollusion S. 92 ff.

3. Busch, LK §48, 2; auch Busse, Täterschaft S. 127.

4. Busse, aaO S. 136; ebenso z.B. Grünwald, GA 59, 122, Schönke-Schröder-Cramer, StGB §26, 7, Gallas, JZ 60, 687 und Baumann, AT S. 578 und JuS 63, 130; a.A. aber z.B. Busch, LK §48, 14, Herzberg, Unterlassung S. 126; w.N. bei Busse, aaO S. 126.

5. aaO S. 92 ff, 269 ff und 334 ff; ebenso z.B. Baumann, JuS 63, 91 und Schmidhäuser, AT S. 706; a.A. aber z.B. Roxin, Täterschaft S. 471, Herzberg, aaO S. 261, Grünwald, GA 59, 122 und Armin Kaufmann, Dogmatik S. 195 ff.

insbesondere eine "Willensherrschaft kraft Irrtums"<sup>1</sup> unter diesem Aspekt möglich ist, erscheint als zweifelhaft. Wie die weiterreichende Kenntnis des Hintermanns zu einer "Herrschaft" über den Vordermann führen kann<sup>2</sup>, wird von Busse auch nicht weiter ausgeführt. Man wird insoweit den Verdacht nicht los, daß ab und zu das bloße, überlegene Wissen als strafbegründend empfunden wird. Das Problem soll hier jedoch nicht vertieft werden, da es ausschließlich in den Bereich der Unterlassungsdelikte fällt und ohne Eingehen auf die speziellen Probleme dieser Deliktsguppe nicht gelöst werden kann.

Für diese Untersuchung bleibt festzuhalten, daß Anstiftungshandlungen in der Regel mangels Eignung zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs bzw. der im Tatbestand beschriebenen Handlung nicht rechtswidrig im Sinn unserer früheren Ausführungen sind. Da die Anstiftung gegenüber der Täterschaft subsidiär ist, sie auch per definitionem erst geprüft werden darf, wenn zunächst festgestellt worden ist, daß Täterschaft nicht vorliegt, ist nunmehr zu klären, welche Formen der "Veranlassung fremder Taten" zur Täterschaft einschließlich der mittelbaren Täterschaft führen, welche Formen der Veranlassung also schon die im zweiten Teil der Arbeit umschriebene Erfolgseignung haben. Denn nur Veranlassungshandlungen, die nicht schon zur Täterschaft führen, können überhaupt Anstiftungshandlungen sein.

---

1. So Busse, aaO S.271 ff.

2. So aber Busse, aaO S.339 im Anschluß an Roxin, Täterschaft S.170 ff, der eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen jedoch ablehnt; siehe dazu oben S.250 N.5.



## B Fallgruppen "mittelbarer Täterschaft"

Oben wurde die These aufgestellt, daß die mittelbare Täterschaft sich von der "normalen" Täterschaft nicht unterscheidet, daß folglich der Begriff der mitte - baren Täterschaft eigentlich nicht notwendig ist<sup>1</sup>: der mittelbare Täter handelt deliktstypisch unrechtmäßig ebenso wie der Täter es tut<sup>2</sup>.

Da das "Werkzeug" letztlich immer den unmittelbaren Anstoß für die Rechtsgutsverletzung gibt, kann vorweg noch eine weitere These aufgestellt werden: die "Handlung"<sup>3</sup> des Werkzeugs ist in aller Regel geeignet, den tatbestandsmäßigen Erfolg bzw. die unrechtstypische Handlung herbeizuführen. Es fehlt in den Fällen der mittelbaren Täterschaft erst am "Können", an der Rechtswidrigkeit der Handlung im Sinne der "Interessenabwägung" oder an der Schuld des Vordermanns. Möglicherweise aber handelt es sich bei dem "Werkzeug" sogar um einen voll verantwortlichen Täter<sup>4</sup>.

Zu untersuchen ist daher nunmehr, welche Auswirkungen die verschiedenen "Defekte" beim Vordermann auf die

---

1. Siehe oben S.239 ff.

2. Das bedeutet, daß der mittelbare Täter Angreifer im Sinn des §32 StGB ist und daß deshalb Notwehr gegen den Hintermann gegeben ist, wenn dieser mittelbarer Täter ist.

3. Dabei braucht es sich nicht um eine Handlung im Sinn der gängigen Handlungsdefinitionen (dazu siehe oben S.121 f) zu handeln; vgl. die Beispielsgruppe 1.

4. So beim "Täter hinter dem Täter"; dazu siehe insbesondere Roxin, Täterschaft S.211 ff und Schroeder, Täter S.107 ff, jüngstens auch Spendel und Roxin in F Schr.R.Lange S.147 ff bzw. 173 ff; siehe auch die Beispielsgruppen 7 bis 12.

Stellung des Hintermanns haben.

Wir ersparen uns hier die Abgrenzung von unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft, untersuchen jedoch die wesentlichen Fallkonstellationen, in denen der Anstoß zum Erfolg nicht von demjenigen herrührt, der ihm zeitlich und räumlich am nächsten steht. Die Reihenfolge der Beispielsgruppen ist dabei der Systematik des zweiten Teils der Arbeit angepaßt; erst im Anschluß an die Fälle, in denen der Tatmittler schon nicht das volle tatbestandliche Unrecht erfüllt, werden Probleme des schuldlos bzw. des volldeliktisch handelnden Werkzeugs abgehandelt.

#### 1. Das nicht handelnde Werkzeug

Dem Werkzeug fehlt mit Sicherheit das "Können" im Sinn der früheren Ausführungen<sup>1</sup>, wenn er gar nicht im strafrechtlichen Sinn handelt<sup>2</sup>, wenn also der Vordermann Werkzeug im üblichen Sprachsinn ist. Das ist der Fall, wenn der Hintermann den Vordermann lediglich instrumental als Körper - z.B. als Wurfgeschloß - verwendet<sup>3</sup>.

Hier erfüllt allein die Handlung des Hintermanns die im zweiten Teil der Arbeit aufgezeigten Kriterien der unrechtstypischen Handlung. Dieser Fall ist sogar so problemlos, daß er in der Regel überhaupt nicht als Fall der mittelbaren Täterschaft erwähnt wird<sup>4</sup>; er wurde jedoch auch schon die Ansicht vertreten, daß

---

1. Siehe oben Teil II Kap.1 C.

2. Vgl. dazu oben S.121 f.

3. Dazu siehe z.B. Stratenwerth, AT Rn.762 ff.

4. So z.B. Jescheck, AT S.505 N.6a: "unmittelbare Täterschaft"; auch Herzberg, Täterschaft S.49 und Spendel, F Schr.R.Lange S.150.

ein "echter Fall" der mittelbaren Täterschaft vorliege<sup>1</sup>.

## 2. das "vorsatzlose Werkzeug" (I)

Wenig Schwierigkeiten bereitet auch der Fall, daß der Hintermann eine Person in der Weise in seinen Plan einbezieht, daß diese aufgrund einer "Normalhandlung" den endgültigen Anstoß zum tatbestandsmäßigen Erfolg auslöst. Wer eine Höllenmaschine an den Lichtschalter anschließt<sup>2</sup>, ist Täter, ohne daß dies besonders begründet werden müßte. Es liegt "im Grunde ein Fall 'direkter' Tatherrschaft des Hintermanns" vor<sup>3</sup>.

Wenn man nach dem Grund für die Evidenz dieses Ergebnisses sucht, fällt sofort zweierlei auf. Die Trennung der Bewertung der Handlungen von "mittelbarem Täter" und "Werkzeug" fällt in diesem Fall besonders leicht, weil der Tatmittler eigentlich gar nichts getan hat, was strafrechtlich relevant sein könnte. Dieser Gedanke führt zur zweiten Besonderheit: der Täter, der nach keiner Teilnahmelehre die letzte Bedingung selbst setzen muß<sup>4</sup>, muß Kausalfaktoren aller Art in seinen Tatplan einbeziehen. Wenn nun einer der Kausalfaktoren durch eine menschliche Handlung ausgelöst werden soll, dann ist der Plan insoweit unkalkulierbar, d.h. es besteht Ungewißheit über die Entscheidung des Vordermanns, es liegt also eine Anstiftungssituation vor<sup>5</sup>.

- 
1. N. bei Herzberg, aaO S.50 und Spendel, aaO S.150.
  2. Beispiel nach Roxin, Täterschaft S.170; vgl. auch Gerhardt, Abgrenzung S.107 ff sowie den von Schilling, Verbrechensversuch S.44 mitgeteilten Fall der Installation einer Selbstschußanlage.
  3. Roxin, aaO S.173; auch Gerhardt, aaO S.107 ff.
  4. Dazu siehe die Ausführungen bei Roxin, aaO S.38 ff und Schilling, aaO S.39 ff.
  5. Vgl. auch Gerhardt, aaO S.91.

Diese Unkalkulierbarkeit des Tatplans fehlt, wenn die Handlung des Vordermanns "vorausberechenbar" ist. Diese Vorausberechenbarkeit, durch die der Täter eine gewisse, gegenüber dem Anstifter größere Sicherheit erlangt, daß die Tat auch wirklich ausgeführt wird, liegt zweifellos vor beim Einbau von "Normalhandlungen" in den Tatplan.

Wer eine Höllenmaschine an die Lichtleitung anschließt, wer das Opfer in einsamer Gegend auf einen Schienenstrang fesselt<sup>1</sup>, wer den Zünder einer Bombe auf das Überschreiten einer relativ niedrigen Phonzahl einstellt, hat den Erfolg seiner Handlung konkret vor Augen, selbst wenn er nicht weiß, wer sein "Werkzeug" sein wird. Gerade weil der Täter mit der den Erfolg schließlich auslösenden Handlung jederzeit rechnen kann, gerade weil also die den erforderlichen letzten Anstoß gebende Handlung mit (statistisch) größter Wahrscheinlichkeit erfolgen wird, ist die Eignung des Verhaltens des Hintermanns zweifellos gegeben. Nicht erst die Handlung desjenigen, der den Lichtschalter betätigt, ist geeignet, den zu vermeidenden Erfolg herbeizuführen<sup>2</sup>. Vielmehr ist die Erfolgseignung schon der Handlung des Hintermanns zu bejahen: er handelt rechtswidrig im Sinn der jeweiligen Tatbestände und - bei Erfüllung auch der übrigen Voraussetzungen - deliktstypisch unrechtmäßig. Er ist

- 
1. Zu diesem Beispiel siehe auch Herzberg, aaO S.49.
  2. Dabei wird in aller Regel beim Werkzeug das Kriterium des "Könnens" nicht erfüllt sein, da es an der erforderlichen Erkennbarkeit der Eignung seines eigenen Tuns fehlt; war die "Eignung" seiner Handlung für den Vordermann dagegen erkennbar, dann unterfällt die Handlung des Hintermanns nicht dieser Beispielsgruppe; dazu siehe unten Text zu 5.

folglich Täter<sup>1</sup>.

Es ist aber zu betonen, daß diese Beispielsgruppe nicht sämtliche Fälle des "vorsatzlosen Werkzeugs" umfaßt<sup>2</sup>. Ob nämlich in jedem Fall unvorsätzlichen Handelns des Vordermanns die "Eignung" der Handlung des Hintermanns bejaht werden kann, erscheint zweifelhaft<sup>3</sup>: festzuhalten ist bisher lediglich, daß - wenn der Hintermann mit der Vornahme gewisser Handlungen als völlig sicher rechnen kann - die Eignung seiner eigenen Handlung zu bejahen ist. Der Hintermann, der eine "Normalhandlung" in seinen Tatplan einbaut, ist Täter<sup>4</sup>.

Zu dieser Beispielsgruppe gehören im weiteren Sinn auch alle diejenigen Fälle, in denen der Hintermann zwar nicht eine "Normalhandlung" in seinen Tatplan einbaut, dafür aber eine aufgrund arbeitsteiliger Erledigung von Aufgaben ohne eigene Prüfung vorzunehmende Tätigkeit: wer hinsichtlich der "Erkennbarkeit"

- 
1. Gegen die Bezeichnung dieser Fälle als "mittelbare Täterschaft" Herzberg, aaO S.51: das "blinde Werkzeug" sei auszuklammern. Da von der Bezeichnung "un- oder mittelbarer Täter" keinerlei Konsequenzen abhängen und sich beide Formen in ihrer Handlungsstruktur nicht unterscheiden, ist die Grenzziehung selbst belanglos. Die Abgrenzungsversuche von Herzberg selbst (aaO S.49 ff) überzeugen jedenfalls nicht, da die von ihm herangezogenen Kriterien in der von ihm für richtig gehaltenen Äquivalenztheorie keinerlei Stütze finden.
  2. Die ganz h.L. behandelt aber auch diese Fälle beim "vorsatzlosen Werkzeug"; siehe z.B. Roxin, Täterschaft S.170 f, Gerhardt, Abgrenzung S.72 f, Gallas, Gutachten S.133 und Jescheck, AT S.506.
  3. Dazu unten Text zu 5.
  4. Daß Gerhardt, aaO S.37 ff Bedenken hat, diesen Fall als "naturkausales Wirken" des Werkzeugs zu klassifizieren, beruht wohl darauf, daß sie die "Quasi-Naturgesetzlichkeit" von "Normalhandlungen" nicht erkennt.

keine eigene Prüfungspflicht hat - jedenfalls solange kein besonderer Anlaß die ursprünglichen Prüfungspflichten wieder voll zur Geltung bringt - kann die Eignung zwar möglicherweise erkennen, jedoch führt die Güterabwägung dennoch dazu, daß die Handlung nicht als rechtswidrig zugerechnet wird. So ist z.B. der Arzt, der der Krankenschwester eine mit einer tödlichen Dosis des Medikaments gefüllte Spritze übergibt, mittelbarer Täter, da schon seine Handlung geeignet ist, den Tod des Patienten herbeizuführen. Denn die Krankenschwester verabreicht die Spritze, wenn für ein Mißtrauen gegenüber dem Arzt kein Anlaß besteht, ohne neue eigene Prüfung<sup>1</sup>.

### 3. Das rechtmäßig handelnde Werkzeug

Ist in den beiden ersten Beispielsgruppen die (mittelbare) Täterschaft des Hintermanns ganz zweifelnsfrei zu bejahen, so ist die Lösung im Fall des "rechtmäßig handelnden Werkzeugs"<sup>2</sup> schon problematisch. Dabei ist die Begründung Herzbergs "von der Grundlage der Äquivalenztheorie" aus<sup>3</sup>, nach der es nur darauf ankommen soll, daß der Hintermann mit "Täterqualität", also mit Täterwillen oder mit Tatherrschaft, selber eine Bedingung für den Verbrechenserfolg setze<sup>4</sup>, schon im Ansatz - wenn auch nicht in den Ergebnissen -

- 
1. Vgl. auch Stratenwerth, Ffschr.Eb.Schmidt S.390 ff und - allerdings mit unzutreffender Begründung - Spendel, Ffschr.R.Lange S.152.
  2. Dazu siehe insbesondere Roxin, aaO S.163 ff, 205 ff, Stratenwerth, AT Rn.790, Johannes, Täterschaft S.44 ff, Herzberg, aaO S.10 ff, 28 ff, Schroeder, Täter S.95 ff und Jescheck, AT S.506 f je m.w.N.
  3. aaO S.13.
  4. aaO S.13 ff und 28 ff.



unrichtig; denn die Äquivalenztheorie ist als Grundlage der strafrechtlichen Zurechnung nur begrenzt brauchbar<sup>1</sup>. Außerdem gibt Herzberg keine Begründung für seine These, daß man zwei gleichermaßen kausale Handlungen nach ihrer "Erfolgsbewirkung" verschieden bewerten dürfe<sup>2</sup>.

Der richtige Ansatz liegt vielmehr auch hier darin festzustellen, ob die Handlung des Hintermanns unrechtstypisch im Sinn der früheren Ausführungen ist.

a) Zunächst ist insoweit das oben erwähnte Beispiel zu nennen, in dem der Vordermann eine Handlung vornimmt, die das Kriterium der "Eignung" und des "Könnens" erfüllt, in dem er aber aufgrund genereller Erwägungen die Prüfung der Eignung nicht selbst vorzunehmen braucht bzw. dies sogar nicht darf und folglich durch das "Unterlassen" der Prüfung nicht rechtswidrig handelt. So muß z.B. in dem oben dargestellten Fall der Krankenschwester<sup>3</sup> die Sorgfaltswidrigkeit ihres Verhaltens für den Regelfall verneint werden<sup>4</sup>.

Hierher gehört aber auch der Fall des Polizeibeamten, der aufgrund einer bewußt falschen Anzeige jemanden festnimmt, wobei er sich allerdings innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen halten muß. Da sich das Eingriffsrecht der Polizei schon ergibt, wenn nach

---

1. Siehe oben Teil II Kap.1.

2. aaO S.25.

3. Dazu siehe Stratenwerth, F Schr.Eb.Schmidt S.390 ff und Gerhardt, Abgrenzung S.74 f.

4. So auch Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.64; daß die Schwester nicht rechtswidrig handelt, hat zur Folge, daß Notwehr nur gegen die Handlung des Arztes, gegenüber dem Werkzeug dagegen nur der rechtfertigende Notstand gegeben ist; sehr str.; siehe dazu oben S.89 N.4.



einer den Umständen angemessenen Überprüfung ein Tatverdacht gegeben ist, wird hier der Polizist folglich in Grenzfällen von der Verantwortung entlastet. Diese auf dem Prinzip der Interessenabwägung beruhende Entlastung kommt jedoch dem Hintermann nicht zugute, weil die Entlastung ganz eindeutig auf die Bedürfnisse der Strafverfolgungsbehörden zugeschnitten ist, nicht aber den Anzeigerstatter begünstigen soll<sup>1</sup>.

Die "Tatherrschaft" des Anzeigerstatters wird in diesem Fall "dadurch begründet, daß das Werkzeug sich aufgrund der bestehenden Rechtsvorschriften so verhalten muß, wie es der bösgläubige Hintermann bezweckt."<sup>2</sup> Der Hintermann wird folglich nur dann zum Täter, wenn sein Verhalten, die bewußt falsche Anzeige, geeignet ist, das Verhalten des Polizisten, die Festnahme, herbeizuführen, wenn also die Voraussetzungen einer Festnahme ohnehin vorliegen würden oder aber vom Hintermann zusätzlich geschaffen wurden<sup>3</sup>. Entgegen der Tatherrschaftslehre kommt es also nicht darauf an, eine "Willenlosigkeit" des Vordermanns gegenüber dem Tatplan des Hintermanns nachzuweisen;

- 
1. Vgl. auch Herzberg, aaO S.26 ff, Johannes, Täterschaft S.44 ff und Zielinski, Handlungsunwert S.302 ff.
  2. Jescheck, AT S.507; vgl. auch Roxin, Täterschaft S.231, Herzberg, aaO S.34 ff und Johannes, aaO S.11 f je m.w.N.; dies übersieht Zielinski, aaO S.304 f, wenn er die Situation als (straflose) Teilnahme an rechtmäßiger Haupttat kennzeichnet, weil die Sozial-schädlichkeit einer Tat nicht Bestandteil der Tatherrschaft sei (so aber Roxin, aaO S.197 ff); dies überrascht um so mehr als Zielinski als Anhänger der finalen Handlungslehre schon von der Finalität der Handlung des Hintermanns aus zur Annahme eines rechtswidrigen Versuchs und somit auch einer vollendeten Tat kommen könnte.
  3. So auch Herzberg, aaO S.34, Schmidhäuser, AT S.521, Baumann, AT S.563 und Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,19.

vielmehr reicht es aus, wenn der Vordermann sich so verhalten mußte wie der Hintermann es bezweckte.

Die Eignung des Verhaltens des Hintermanns zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs ist dagegen nicht zu bejahen, wenn lediglich eine falsche Anzeige erstattet wird, die Voraussetzungen einer Festnahme im übrigen aber nicht vorliegen. Denn in diesem Fall war der Vordermann nicht gezwungen, sich gemäß dem Tatplan des Hintermanns zu verhalten.

Wer eine wahrheitsgemäße Anzeige erstattet, wird nicht dadurch zum mittelbaren Täter, daß er den Angezeigten aus dem Wege räumen will<sup>1</sup>. Die Handlungsstruktur ist in diesem Fall zwar die gleiche wie im Fall der Erstattung einer bewußt unrichtigen Anzeige, da aufgrund der Pflicht der Polizei zum Einschreiten die Eignung des Verhaltens des Hintermanns zur Herbeiführung der Festnahme zu bejahen ist. Die Handlung des Hintermanns ist jedoch in diesem Fall aufgrund der Prinzipien der Güterabwägung nicht rechtswidrig.

b) Für den Fall, daß der Hintermann den Vordermann veranlaßt, einen Dritten anzugreifen, wobei er erreichen will, daß der Dritte den Vordermann in Notwehr tötet - was später auch geschieht<sup>2</sup> - wird die Ansicht vertreten, der Dritte sei, weil er in Notwehr - und somit unfrei - handele, das Werkzeug des Hintermanns; dieser sei folglich mittelbarer Täter<sup>3</sup>.

---

1. So auch Roxin, aaO S.230 f, Jescheck, AT S.507, Johannes, aaO S.13, Stratenwerth, AT Rn.790, Herzberg, aaO S.37 und Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,19; auch Schroeder, Täter S.98.

2. Zu diesem Fall siehe z.B. Roxin, aaO S.163 ff, Herzberg, aaO S.28 ff und Schroeder, aaO S.95 ff.

3. So z.B. Welzel, Strafrecht S.105, Maurach, AT S.639, Busch, LK §47,43 und Baumann, AT S.563.

Zutreffend hat Roxin demgegenüber jedoch darauf hingewiesen, daß von einer "Beherrschung" des Geschehens durch den Hintermann nur dann die Rede sein könne, wenn dieser auch den Vordermann beherrsche; denn es stehe allein beim Vordermann, ob er dem zum Angriff ratenden Hintermann folgen wolle oder nicht<sup>1</sup>. Mit anderen Worten: das "gute Zureden" allein, einen anderen anzugreifen, ist nicht "geeignet", diesen Angriff auch tatsächlich herbeizuführen, so daß die Handlung des Hintermanns nicht "primär-rechtswidrig" ist.

Ist die Eignung zur Herbeiführung des Angriffs dagegen z.B. aufgrund einer Nötigung zu bejahen, dann ist die Eignung auch insgesamt gegeben, da die Lebenserfahrung die Eignung eines Angriffs zur Herbeiführung einer Notwehrhandlung beweist.

Diese Überlegungen gelten gleichermaßen für den Fall des rechtfertigenden Notstands<sup>2</sup>.

Kein Unterscheidungsmerkmal ist für die Teilnahmelehre dagegen das Fehlen eines subjektiven Rechtfertigungselements beim Hintermann. Das Fehlen dieses Elementes macht die Handlung zur unrechtstypischen nur dann, wenn auch die Kriterien der Rechtswidrigkeit dieser Handlung erfüllt sind<sup>3</sup>, wenn also zuvor die Eignung des Verhaltens bejaht werden konnte. Schon daran wird es in diesen Fällen aber - wie ausgeführt wurde - häufig fehlen.

---

1. aaO S.166; zustimmend z.B. Herzberg, aaO S.28 ff, Stratenwerth, AT Rn.79o und Jescheck, AT S.5o7; siehe auch Petters-Preisendanz, StGB §25,3 b und Schroeder, aaO S.99 f; ablehnend z.B. Johannes, aaO S.39.

2. Vgl. auch Herzberg, aaO S.3o ff.

3. Siehe dazu oben Teil II Kap.1 E.

c) Entgegen der h.L.<sup>1</sup> ist der Prozeßbetrug nicht zu dieser Beispielsgruppe zu zählen: die notwendige Handlung - die Täuschung - wird von der Prozeßpartei selbst vorgenommen, so daß unmittelbare Täterschaft vorliegt; daß nämlich der Täuschende selbst die Vermögensverfügung vornimmt, ist in §263 StGB nicht gefordert und normlogisch auch gar nicht denkbar. Der Täuschende benutzt für die schädigende Vermögensverfügung immer den Getäuschten, sei dieser nun ein Richter oder der Geschädigte selbst; der Prozeßbetrug ist somit ein im tatsächlichen besonders liegender, der Handlungsstruktur nach jedoch ein gewöhnlicher Fall des Betrugs.

#### 4. Die Veranlassung zur Selbstverletzung<sup>2</sup>

a) Treibt jemand einen anderen durch Drohungen in den Selbstmord oder zu einer sonstigen Selbstverletzung, dann ist nach vielfach vertretener Ansicht der Drohende als mittelbarer Täter zu bestrafen<sup>3</sup>.

Wenn man nach einer Begründung für diese These sucht,

- 
1. a.A. aber z.B. Johannes, aaO S.14 ff und Herzberg, aaO S.36 f, die ebenfalls die hier vertretene Ansicht befürworten.
  2. Die Fälle des "tatbestandslos handelnden Werkzeugs" sind zwar eigentlich verschiedenen Beispielsgruppen zuzuordnen; da aber - das Werkzeug handelt ja nicht rechtswidrig, also unverboden - Parallelen zur Gruppe des "rechtmäßig handelnden Werkzeugs" bestehen, wird die Gruppe insgesamt hier abgehandelt. Für diese Fälle paßt der Ausdruck "mittelbare Täterschaft" an sich nicht, da das Bild derselben - insoweit ist Johannes, aaO S.16 ff recht zu geben - davon ausgeht, daß der Tatmittler nicht gleichzeitig das Opfer ist; da es sich insoweit aber lediglich um eine Frage der Terminologie handelt, mag dieses Problem dahinstehen.
  3. Vgl. z.B. Eb.Schmidt, Fgabe Frank Bd.II S.124 f und Less, JZ 51,552; w.N. bei Bringewat, ZStW 87,638, Schroeder, aaO S.89 und Jescheck, AT S.505 f.

dann findet man - abgesehen von der früher vertretenen Meinung, daß sich die mittelbare Täterschaft unmittelbar aus der Tatbestandslosigkeit der Handlung des Werkzeugs ergebe<sup>1</sup> - die Ansicht, daß die Tatherrschaft in diesen Fällen in jeder beliebigen Straftat des Hintermanns liegen kann, so daß jede Form der Nötigung zur Begründung mittelbarer Täterschaft ausreiche<sup>2</sup>. Demgegenüber vertritt Roxin<sup>3</sup> die Auffassung, daß nicht schon jede Drohung des Hintermanns ausreiche, sondern daß die Nötigung zum Selbstmord nur dann die Tatherrschaft verschaffe, wenn der Nötiger sich der Mittel des §35 StGB bediene.

Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Zutreffend geht Roxin nämlich von der Prämisse aus, daß die Selbstverletzung sich als Tat des Hintermanns darstellen müsse, wenn dieser als mittelbarer Täter bestraft werden solle<sup>4</sup>. Dafür ist aber Voraussetzung, daß seine Handlung die Kriterien der unrechtstypischen Handlung im Sinn der früheren Ausführungen erfüllt. Von hier aus ist es dann nicht schwer, die Richtigkeit der Auffassungs Roxins zu untermauern: Selbstmord liegt nur dann vor, wenn ein Individuum die "freie" Entscheidung trifft<sup>5</sup>, aus dem Leben zu scheiden. Tötung eines anderen liegt dagegen vor, wenn eine Handlung

---

1. N. bei Schroeder, aaO S.89 und Roxin, aaO S.158 f.

2. So z.B. Less, JZ 51,552.

3. aaO S.158 ff; auch Welzel, Strafrecht S.103 und Jescheck, AT S.505 f; a.A. aber neuerdings wieder Herzberg, JuS 74,378.

4. Roxin, aaO S.159; so auch schon Lange, Täterbegriff S.34.

5. Vgl. Roxin, Täterschaft (3.Aufl.) S.568 f; dazu siehe aber auch Geilen, JZ 74,145 ff und Bringewat, ZStW 87,632 ff; w.N. siehe oben S.150 N.1.

vorgenommen wird, die geeignet ist, den Tod eines anderen nach sich zu ziehen. Aus §35 StGB läßt sich insoweit die vom Gesetzgeber getroffene Wertung entnehmen, daß der Mensch im allgemeinen fremdem Druck ab einer bestimmten Intensität desselben nicht mehr standhält, sondern ihm nachgibt. Daraus aber kann gefolgert werden, daß nach Ansicht des Gesetzgebers fremdem Druck widerstanden werden muß, daß aber das Nachgeben zumindest dann dennoch den Regeln des Zusammenlebens entspricht, wenn der Nötigungsdruck eine bestimmte, nämlich die in §35 StGB umschriebene Intensität erreicht hatte. In diesem Fall - so muß weiter gefolgert werden - wird der Genötigte in aller Regel dem Druck nachgeben und wird sich in der von ihm geforderten Art und Weise verhalten.

Auch insoweit ist festzuhalten, daß die "Eignung" nur statistisch gesehen, d.h. ex ante und unter Vorbehalt der Prognosewidrigkeit im Einzelfall gegeben sein muß. Daß im Einzelfall die Eignung ex post gesehen nicht gegeben war, spielt somit nur eine untergeordnete Rolle, da das Gesetz die Situation vom Standpunkt ex ante beurteilt. Auch im Fall der nicht vorhersehbaren Nichteignung der Nötigung im Einzelfalls liegt somit (ex ante) ein rechtswidriges Verhalten, nämlich ein Versuch, vor<sup>1</sup>.

Wer daher einen anderen mit den Mitteln des §35 StGB nötigt, handelt rechtswidrig und unrechtmäßig in Bezug auf §212 StGB, wenn es das Ziel der Nötigung ist, das Opfer zum Selbstmord zu veranlassen. In der Nötigungshandlung liegt somit zugleich eine

---

1. Dies wird bei Roxin, aaO S.162 nicht deutlich genug.



Tötungshandlung<sup>1</sup>.

b) Wenn jemand einen anderen anstatt durch Drohungen durch Täuschung zum Selbstmord bestimmt, ist er nach Ansicht von Roxin mittelbarer Täter eines Tötungsdelikts<sup>2</sup>. Nachdem er zutreffend betont hat, daß auch im Fall der Täuschung der Selbstmord der freien Entscheidung des Getäuschten anheimgestellt bleibt, daß dieser also nicht zum Selbstmord "gezwungen" wird<sup>3</sup>, führt Roxin zur Begründung seiner Ansicht aus, daß der Getäuschte "ums Leben betrogen" werde, daß infolge der Täuschung der Selbstmord seinen "konkreten Handlungssinn" verfehle und daher unfrei sei. "Die betrogene Geliebte und der vermeintlich unheilbar Kranke müßten sich selbst um den Sinn ihres Todes betrogen fühlen und sich daher als blinde Opfer eines abgefeimten Mordplanes erscheinen, während der Hintermann den Zweck seines Manövers, die Beseitigung einer ihm lästigen Person, in vollem Umfang erreicht hat."<sup>4</sup>

Roxin ist ohne weiteres zuzugeben, daß der "Freitod eines unheilbar Kranken durchaus anders zu bewerten" ist "als das Verhalten eines Hintermanns, der einen Gesunden arglistig zu einer auf Irrtum beruhenden Selbsttötung bewegt."<sup>5</sup> Das Verhalten des Hintermanns

- 
1. So Roxin, aaO S.163 und Stratenwerth, AT Rn.771 und 826 f m.w.N.; unklar Jescheck, AT S.505 f und Herzberg, Täterschaft S.54 f.
  2. aaO S.225 ff; ähnlich weit z.B. die Ansicht von Less, JZ 51,552, Maurach, AT S.643; ablehnend aber z.B. Jescheck, AT S.506, Schroeder, Täter S.92 und Gerhardt, Abgrenzung S.103.
  3. aaO S.227.
  4. aaO S.227.
  5. aaO S.228; Maurach, AT S.643 spricht insoweit von "psychologischer Tatherrschaft".



ist zweifellos als ethisch verwerflich zu kennzeichnen. Gleichwohl ist es - entgegen der Ansicht von Roxin - in aller Regel<sup>1</sup> strafrechtlich nicht zu ahnden. Das Gesetz geht nämlich davon aus, daß der Mensch fremden "Einflüsterungen" nicht blindlings folgt - wobei jeder "Anstifter" als mittelbarer Täter zu qualifizieren wäre - sondern eigenverantwortlich seine Handlungen abwägt. Dies übersieht Roxin offenbar. Auch daß er nicht nach der Person des "Einflüsterers" differenziert, überzeugt nicht. "Darf" denn der angeblich Kranke jedem Dritten glauben? Hier könnte sich doch ein Unterschied ergeben, je nachdem ob der behandelnde Arzt, ein enger Familienangehöriger oder aber ein beliebiger Dritter über die Krankheit täuscht. Es soll hier nicht bestritten werden, daß ein "Garant", der insoweit ja strengeren Bindungen unterworfen ist, durch das genannte Verhalten sich strafbar machen kann. Abgesehen von diesen Fällen der Garantenhaftung<sup>2</sup> begeht aber derjenige, der jemandem einredet, dieser sei unheilbar krank, nicht eine Handlung, die geeignet ist, den Selbstmord des Getäuschten nach sich zu ziehen. Solange der Getäuschte noch Herr seiner Sinne ist, muß davon ausgegangen werden, daß die Täuschungshandlung nicht rechtswidrig im Sinn unserer früheren Ausführungen ist<sup>3</sup>, der Hintermann also nicht Täter einer Tötungshandlung ist<sup>4</sup>. Erst wo es daran fehlt,

---

1. Zu den Ausnahmen vgl. Roxin, aaO (3.Aufl.) S.569 N. 76 und Bringewat, ZStW 87,639 ff; vgl. weiter Text.

2. Dazu siehe auch Bringewat, ZStW 87,639 ff.

3. Siehe oben Teil II Kap.1.

4. Ebenso z.B. Jescheck, AT S.506, Samson, SK §25,30, Rudolphi, SK vor §1,79, Schroeder, aaO S.92, 162 ff und Stratenwerth, AT Rn.844; weitergehend aber z.B. Herzberg, Unterlassung S.265 ff und JuS 74,379, Geilen, JZ 74,145 ff und Bringewat, ZStW 87,639 ff; gegen Herzberg zutreffend Roxin, aaO (3.Aufl.) S.570 f.

muß geprüft werden, ob eine Tötungshandlung gegeben ist<sup>1</sup>.

Differenziert ist wohl auch der von Jescheck<sup>2</sup> und Schmidhäuser<sup>3</sup> geschilderte Fall zu lösen, in dem jemand veranlaßt wird, ein Hochspannungskabel zu berühren. Entgegen der Ansicht der genannten Autoren, die beide unbesehen mittelbare Täterschaft annehmen, muß auf die besonderen Umstände des Falles abgestellt werden. Im Regelfall wird dabei, da die Gefährlichkeit einer solchen Leitung allgemein bekannt sein dürfte, mittelbare Täterschaft zu verneinen sein.

c) Wer einem Schuldunfähigen, dem es am Hemmungsvermögen mangelt, die Selbstmordidee suggeriert, ist mittelbarer Täter<sup>4</sup>. Denn das Veranlassen derartiger Personen zur Selbstbeschädigung ist selbst schon geeignet, die schädlichen Erfolge, die das Gesetz verhindern will, herbeizuführen, da die veranlaßten Personen außerstande sind, sich selbst zu steuern. Das Veranlassen dieser Personen zur "Selbstbeschädigung" ist folglich Tötungs- bzw. Körperverletzungshandlung im Sinn des Gesetzes.

d) Als weiteres Beispiel dieser Gruppe sei ein von Nowakowski geschilderter Fall in leicht abgewandelter Fassung betrachtet, in dem der Vermieter der Untermieterin ein Glas Wasser reicht, obwohl er erkannt hat,

---

1. Vgl. auch Rudolphi, SK vor §1,79.

2. AT S.506.

3. AT S.522.

4. Ebenso z.B. Roxin, aaO S.236 f, 240 f m.w.N., Stratenwerth, AT Rn.823, Jescheck, AT S.506, Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,12 und Bringewat, ZStW 87,638.

daß die Frau anstatt des Kopfwehpulvers ein tödliches Gift in das Glas schütten will, um das Wasser dann zu trinken<sup>1</sup>. Nowakowski selbst lehnt für diesen Fall eine Täterschaft des Hintermanns ab, da man "diesem Hintermann weder Tatherrschaft noch Täterwillen anlasten" könne, weil es sich bei dem Hinreichen des Wassers nur um eine unwesentliche Bedingung für den Erfolg handele<sup>2</sup>. Mittelbare Täterschaft darf, wie Gallas zutreffend bemerkt hat<sup>3</sup>, nicht unbesehen überall dort angenommen werden, wo bei vorsätzlich schuldhaft begangener Haupttat Beihilfe vorliegen würde. Roxin wendet sich mit Welzel gegen diese Auffassung und spricht dem Vermieter die Tatherrschaft zu<sup>4</sup>. Wegen der großen Ähnlichkeit der Handlungsstruktur dieses Falles mit derjenigen der Fälle des vorsatzlos - jedoch fahrlässig - handelnden Werkzeugs soll eine Lösung des angeschnittenen Problems erst später versucht werden<sup>5</sup>.

e) Schließlich bleibt der von Herzberg gebildete Fall zu erörtern, daß A sich gegenüber B als Eigentümer eines Buches aufspielt, obwohl er - nicht aber auch B - weiß, daß es dem B selbst gehört, und er dem B "erlaubt", sich für eine Seminararbeit einige Seiten herauszutrennen<sup>6</sup>. Bei diesem nicht gerade sehr lebensnahen Beispiel ist ebenfalls zu differenzieren: Konnte B den A für den Eigentümer des Buches halten, wobei maßgeblich die konkreten Umstände des Einzelfalls

---

1. JZ 56, 549.

2. JZ 56, 549.

3. Gutachten S.138.

4. aaO S.176 f.

5. Siehe unten Text zu 5.

6. Täterschaft S.55.

sind, dann war das Verhalten des A, die "Einwilligung" des Eigentümers, geeignet, die Sachbeschädigung nach sich zu ziehen. A ist in diesem Fall Täter einer solchen Sachbeschädigung<sup>1</sup>.

Mußte B dagegen Zweifel an der Eigentümerposition des A haben, dann durfte er auch die "Einwilligung" des A nicht als ausreichend erachten, sondern mußte die beabsichtigte Handlung trotz des erklärten Einverständnisses des A unterlassen. In diesem Fall ist folglich die von A erteilte Einwilligung nicht geeignet, die Sachbeschädigung herbeizuführen<sup>2</sup>. A ist daher in dieser Fallgestaltung nicht Täter.

- 
1. Ebenso Herzberg, aaO S.56, jedoch ohne wie hier zu differenzieren.
  2. So z.B. auch, wenn von zwei Spaziergängern der eine dem anderen die "Erlaubnis" gibt, sich Trauben aus dem Weinberg abzapflücken etc.

## 5. Das absichtslose, das vorsatzlose (II) und das nicht-eigenhändige Werkzeug

Handelte der Tatmittler in den bisherigen Beispielsgruppen mangels entsprechendem "Können" oder infolge entsprechender Güterabwägung nicht rechtswidrig im Sinn der Ausführungen im zweiten Teil dieser Untersuchung, so ist bei allen noch zu betrachtenden Fallgruppen immer zu berücksichtigen, daß das "Werkzeug" rechtswidrig - und zwar zumindest fahrlässig - handelt.

a) Der Fall des sog. "absichtslosen Werkzeugs" kann immer dort relevant werden, wo der Tatbestand des jeweiligen Delikts subjektive Unrechtselemente enthält. Täter dieser Delikte kann nach unseren früheren Ausführungen nur sein, wer die im Tatbestand erforderliche Absicht hat bzw. aus der in der Vorschrift umschriebenen Motivation heraus handelt; denn nur derjenige, auf den diese Voraussetzungen zutreffen, handelt deliktstypisch unrechtmäßig<sup>1</sup>. An dieser Tatsache knüpft die Diskussion um das "absichtslose Werkzeug" auch an. Streit besteht nur, wie diese Absicht zu definieren ist bzw. welche Erfordernisse an die unrechtmäßige Handlung zu stellen sind.

Dies sei an dem meistzitierten Fall dieser Beispielsgruppe aufgezeigt: der Bauer läßt in Zueignungsabsicht fremde Hühner durch seinen Knecht, der die Situation voll und ganz durchschaut, in seinen Stall treiben. Die Lösung dieses Falles bereitet deshalb Schwierigkeiten, weil die Wegnahmehandlung ganz eindeutig vom Knecht vorgenommen wird. Dieser ahndelt aber nach weitverbreiteter Auffassung nicht mit Zueignungsab-

---

1. Dazu siehe oben Teil II Kap.2 C.

sicht und könnte folglich selbst nicht Täter des Diebstahls sein<sup>1</sup>. Umgekehrt hat der Bauer zwar unzweifelhaft die erforderliche Zueignungsabsicht, jedoch hat er, wenn er den Vordermann nicht lediglich darum bittet, eine "Normalhandlung" auszuführen wie z.B. den fremden Mantel vom Garderobenhaken zu reichen<sup>2</sup>, die Wegnahmehandlung nicht ausgeführt.

Während die subjektive Teilnahmelehre in diesem Fall - wie auch sonst immer - das Strafbedürfnis mühelos befriedigt, indem sie dem Hintermann seiner Absicht wegen den Täterwillen zuschreibt<sup>3</sup>, haben die objektiven Täterlehren Schwierigkeiten bei der Lösung des Falles.

Um die Tat überhaupt ahnden zu können, beruft man sich daher darauf, daß der Bauer mittelbarer Täter des Diebstahls, der Knecht aber ein "absichtsloses Werkzeug" sei<sup>4</sup>, wobei der Begriff der Tatherrschaft teilweise derart modifiziert wird, daß die tatbestands erforderlichen Absichten einbezogen werden können<sup>5</sup>.

Demgegenüber verneint Stratenwerth die Tatherrschaft des Bauern und führt aus: "Der Sache angemessen dürfte es auch hier sein, die Möglichkeit einer aus Elementen der Täterschaft und der Teilnahme gemischten Beteili-

---

1. So die ganz h.L.; z.B. Welzel, Strafrecht S.104, Stratenwerth, AT Rn.756, 801 f und Jescheck, AT S.508 f m.w.N.

2. Dazu siehe oben S.254 ff.

3. Vgl. dazu Herzberg, JuS 74,378 N.30; siehe auch Baumann, AT S.564 f.

4. So z.B. Jescheck, AT S.509, Welzel, aaO S.104, Busch, LK §47,46, Kohlrausch-Lange, StGB vor §47, I B2, Gerhardt, Abgrenzung S.103 ff, Bockelmann, AT S.170 und Samson, SK §25,23.

5. So z.B. von Gallas, Gutachten S.136 und Lackner, StGB §25,1 b bb; ähnlich auch Jescheck, AT S.509: die Tatherrschaft sei "in diesen Fällen nicht psychologisch, sondern normativ aufzufassen."



gungsrolle anzuerkennen. .... Mittelbare Täterschaft ist nicht gegeben."<sup>1</sup>

Wenn Stratenwerth auch zu widersprechen ist, wenn er eine Beteiligung an einer Straftat außerhalb der gesetzlich normierten Beteiligungsformen für möglich hält<sup>2</sup>, so kann ihm aber insoweit zugestimmt werden, als er eine mittelbare Täterschaft des Bauern verneint: der Bauer übt keine irgendwie geartete Tatherrschaft über den Knecht aus. Zutreffend bemerkt Schroeder zu diesem Problem, daß sich der Beitrag des Hintermanns zur Tatbestandserfüllung auf das "Mitbringen" der erforderlichen Qualifikation beschränke<sup>3</sup>. Daher kann auch die Bitte bzw. der "Befehl" des Bauern an den Knecht, die fremden Hühner in den eigenen Stall zu treiben, ex ante gesehen ohne das Hinzutreten anderer herrschaftsbe gründender Umstände nicht als geeignet angesehen werden, die Wegnahmehandlung herbeizuführen. Nicht der Bauer, sondern allein der Knecht hat es in der Hand, ob der Diebstahl ausgeführt wird<sup>4</sup>. Allein aus der Zueignungsabsicht des Hintermanns kann nicht gefolgert werden, daß er auch die Wegnahmehandlung begeht<sup>5</sup>. Eine mittelbare Täterschaft des Bauern scheidet mithin aus<sup>6</sup>, denn wenn der Bauer nicht "Herr" über den Knecht ist, dann kann er auch nicht "Herr" über die Tat als ganze sein<sup>7</sup>.

- 
1. AT (1.Aufl., 1971) Rn.859 f; aufgegeben in AT (2. Aufl., 1976) Rn.803, 798.
  2. Gegen Stratenwerth auch Roxin, ZStW 84, 1009 ff.
  3. Täter S.85; vgl. auch Gallas, aaO S.135 f.
  4. Roxin, Täterschaft S.340, Maurach, AT S.637; vgl. auch Herzberg, Unterlassung S.142 und Spendel, F Schr.R.Lange S.156 f.
  5. Herzberg, JuS 74, 378.
  6. So auch Roxin, aaO S.340, Maurach, AT S.637; vgl. auch Eser, Strafrecht II S.127 f.
  7. Schmidhäuser, AT S.528 f; a.A. aber z.B. Gallas, aaO S.135 f.

Die Lösung dieses Falles kann mit Roxin nur darin gefunden werden, daß der Knecht selbst Täter, der Bauer hingegen Anstifter ist<sup>1</sup>: der Knecht selbst hat nämlich die erforderliche Zueignungsabsicht, da er allein und ungenötigt darüber bestimmt, daß die Hühner dem Eigentümer entzogen werden, und er dieselben seinem Herrn überlassen will<sup>2</sup>.

Für diese Untersuchung ist die positive Lösung jedoch nur von geringerem Interesse. Wichtiger erscheint die negative Lösung: falls nicht andere Gründe für eine "Tatherrschaft" des Bauern vorliegen, nimmt dieser eine Handlung, die die Wegnahmehandlung nach sich zu ziehen geeignet wäre, nicht vor. Er handelt daher nicht "primär-rechtswidrig" im Sinn unserer früheren Ausführungen: er ist folglich nicht Täter.

b) Das sog. "vorsatzlose Werkzeug" verschafft seinem Hintermann nach ganz h.M. die Tatherrschaft. Gleichwohl erscheint es angebracht, diese Beispielsgruppe genau zu analysieren, da die Grundlagen der maßgeblichen Wertungen sonst nicht klar genug herausgearbeitet werden können.

Dabei ist vorweg zu bemerken, daß ein in diesem Zusammenhang vielzitiertes Beispiel nicht in diese Rubrik gehört: das Werkzeug, das die Erfolgseignung seiner Handlung nicht erkennen kann oder das trotz dieser

- 
1. aaO S.341 und (3.Aufl.) S.596 f; vgl. auch Schmidhäuser, AT S.425 f sowie Schroeder, aaO S.88 und 165 f.
  2. Eingehend dazu siehe Roxin, aaO S.341 ff; wie dieser bezüglich der Zueignungsabsicht z.B. Otto, Struktur S.204 und Spendel, Fschr.R.Lange S.157; ablehnend, obwohl in der Auslegung der Zueignungsabsicht zustimmend Lampe, GA 66,241; vgl. auch ders., ZStW 77,303.

Erkennbarkeit gerechtfertigt handelt<sup>1</sup>, handelt nicht "erst" vorsatzlos, sondern schon nicht rechtswidrig. Die Einreihung dieser Beispiele in die Gruppe "vorsatzloses Werkzeug" verfälscht somit schon die Wertung: die in dieser Rubrik abzuhandelnden Fälle betreffen "vorsatzlose Werkzeuge", die rechtswidrig im Sinn der früheren Ausführungen handeln. Unter diesem Blickwinkel gilt es nunmehr, die folgenden Beispielfälle zu untersuchen.

1) Eine kurzsichtige Frau will ihrem Kind Kopfwepulver geben und bittet den Vermieter um ein Glas Wasser. Dieser reicht es ihr, obwohl er erkennt, daß die Frau nicht Kopfwepulver, sondern ein tödlich wirkendes Gift in der Hand hat<sup>2</sup>.

2) Jemand will mit einem Gewehr, das er für ungeladen hält, einen Scherz machen und bittet um Überlassung desselben. Der Eigentümer der Waffe reicht es ihm, obwohl er weiß, daß die Waffe geladen ist<sup>3</sup>.

3) Zwei Jäger sind zusammen auf dem Ansitz. Der eine macht den anderen auf ein "Stück Wild" aufmerksam, obwohl er weiß, daß es sich um den Jagdaufseher handelt<sup>4</sup>.

---

1. Auch diese Fälle werden von der ganz h.L. unter der Rubrik des vorsatzlosen Werkzeugs abgehandelt; so z.B. der Paketzustellfall bei Stratenwerth, AT Rn. 766 und der Arztfall bei Jescheck, AT S.506; vgl. auch Roxin, aaO S.170 f und Gerhardt, Abgrenzung S.72 f.

2. Fall nach Nowakowski, JZ 56,549; dazu siehe z.B. Roxin, aaO S.175 ff und Jescheck, AT S.505; ähnliche Fälle diskutieren z.B. Schmidhäuser, AT S.522 f, Maurach, AT S.637 f, Gallas, Gutachten S.138, Stratenwerth, AT Rn.819 und Blei, AT S.226 f.

3. Fall nach Roxin, aaO S.174; vgl. auch Jescheck, AT S.506 und Busse, Täterschaft S.165 ff.

4. Dazu siehe z.B. Schmidhäuser, AT S.522 f, Maurach, AT S.637 und Baumann, AT S.563; ähnlich z.B. Gerhardt, aaO S.72 und Herzberg, JuS 74,374

In allen drei Beispielen führt die Handlung des Vordermanns - wie der Hintermann es vorgesehen hat - zum Tod des Opfers.

In allen diesen Fällen ist die Handlung des Hintermanns isoliert betrachtet nicht "geeignet", den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Wie Stratenwerth zu Recht in einem ähnlichen Fall ausführt, würde das Handeln des Hintermanns, falls der Vordermann vorsätzlich handeln würde, nur als Beihilfe zu behandeln sein<sup>1</sup>. Gleichwohl will Stratenwerth den Hintermann als mittelbaren Täter bestrafen, da auch ein untergeordneter Tatbeitrag nach der Bedingungstheorie zur Täterschaft ausreiche, wenn bloße Naturereignisse unterstützt werden<sup>2</sup>. Die Begründung Stratenwerths steht und fällt also mit der Antwort auf die Frage, ob die Handlung des Vordermanns wie ein Naturereignis zu werten ist<sup>3</sup>.

Auch Roxin kommt nach Darstellung und Kritik der entgegenstehenden Auffassungen zu dem Ergebnis, daß mittelbare Täterschaft vorliege. Die lediglich "unwesentliche Beeinflussung des Geschehens" durch den Hintermann könne nämlich nur dann zu einer Ablehnung der mittelbaren Täterschaft führen, wenn man "über den konkreten Vorgang hinaus einen hypothetischen Kausalverlauf in die Betrachtung einbezieht: die Überlegung nämlich, wie es gekommen wäre, wenn .... Das ist aber nach allgemeiner Auffassung unzulässig."<sup>4</sup>

- 
1. AT Rn.768; ähnlich der Fall von Schmidhäuser, AT (1.Aufl.,1970) S.441, in dem der Entschluß des Werkzeugs nicht geweckt wird; vgl. auch Gallas, aaO S.136
  2. AT Rn.819.
  3. Vgl. dazu auch Gerhardt, aaO S.31 ff und Schilling, Verbrechensversuch S.35.
  4. Roxin, aaO S.176; auch ders., aaO (3.Aufl.) S.591.

Die eigentliche Begründung für diese Fall 1) betreffende Lösung Roxins liegt aber wohl in den folgenden Sätzen: "Zwar wäre der Vermieter unseres Beispiels, wenn er nichts getan hätte, trotz seiner Voraussicht des Erfolges nicht nach §212 StGB bestraft worden, weil ihn keine Erfolgsabwendungspflicht traf. Wenn er sich aber auch noch aktiv in das Geschehen einschaltet, entspricht es durchaus dem Rechtsgefühl, ihn, der damit als einziger bewußt auf die Vernichtung eines Lebens hinwirkt, als die verantwortliche Zentralfigur des Geschehens anzusehen."<sup>1</sup>

Diese Begründung bedarf jedoch eingehender Überprüfung. Roxin benutzt nämlich den Begriff des "Hinwirkens" - wie auch Stratenwerth es tut - im Sinn der Bedingungstheorie. Diese Theorie ist als Theorie der "primären" Zurechnung, d.h. der Zurechnung einer Handlung als rechtswidrig jedoch nicht brauchbar<sup>2</sup>. Täter ist nicht derjenige, dessen Verhalten kausal für den Erfolg ist, sondern derjenige, dessen Handlung ex ante gesehen geeignet ist, den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen und dessen Handlung auch im übrigen rechtswidrig und unrechtstypisch im Sinn des jeweiligen Tatbestands ist<sup>3</sup>.

Nur am Rande sei erwähnt, daß man bei einem derart irrelevanten Tatbeitrag, wie ihn der Hintermann in Fall 1) leistet, schon versucht sein könnte zu fragen, ob die Handlung überhaupt "risikoerhöhend"<sup>4</sup> war. Festzuhalten ist aber, daß der Vergleich Stratenwerths

---

1. aaO S.177.

2. Dazu siehe oben Teil II Kap.1.

3. Dazu siehe oben Teil II Kap.1 und 2.

4. Siehe dazu oben S.114 f m.N.; dort auch zur Kritik der "Risikoerhöhungslehre".

mit der Naturkausalität voreilig erscheint. Denn der Vordermann der Beispielsfälle sieht zwar nicht, was er tut. Er könnte es aber sehen, ja, das Gesetz verlangt sogar von ihm, daß er sieht, was er tut. Die Problematik lautet mit anderen Worten: ist die "Eignung" des Verhaltens des Hintermanns zu bejahen, obgleich nach der Verantwortlichkeitsstruktur des Gesetzes der Vordermann erkennen mußte, daß er etwas rechtswidriges zu tun sich anschickte? Endet die Verantwortlichkeit des Hintermanns möglicherweise dort, wo diejenige des Vordermanns von Gesetzes wegen beginnt?<sup>1</sup>

Gerade in den Fällen 2) und 3) kann die mittelbare Täterschaft jedenfalls nicht lediglich mit der üblichen Floskel, das Werkzeug habe vorsatzlos gehandelt, begründet werden. Denn die Begründung z.B. von Gerhardt<sup>2</sup>, für den Vordermann handele es sich um eine "harmlose Zielübung", geht doch ebenso wie diejenige von Roxin<sup>3</sup>, der Vordermann werde als "blind-kausaler Bedingungsfaktor in die Ursachenkette" hineinverwoben, eindeutig an dem vorbei, was das Gesetz selbst verlangt: wer schießen will, darf dies nur tun, wenn er sich über die Beschaffenheit des "Zieles" voll und ganz im klaren ist, wenn er jede Gefährdung anderer Interessen ausschließen kann. Wer mit einem Gewehr spielen will, muß sich zuvor selbst vergewissern, daß das Spiel nicht zum tödlichen werden kann.

- 
1. Zur ähnlichen Situation bei den Nötigungsfällen siehe z.B. Roxin, aaO S.142 ff, ZStW 78,225 ff und Fschr.Gallas S.249; vgl. auch Otto, NJW 74,532; vgl. auch unten Text zu 7.
  2. Abgrenzung S.75.
  3. aaO S.174; vgl. auch Busse, Täterschaft S.334 und Schilling, Verbrechensversuch S.87 ff.



Auch die Argumentation Herzbergs zu diesen Fällen<sup>1</sup>, der Getäuschte befinde sich in einem Handlungszwang und sei daher als unfrei zu betrachten, ist nicht stichhaltig; denn ein derartiger Zwang, eine "Unfreiheit des Vordermanns gegenüber dem Hintermann", ist gerade im Fall des Irrtums überhaupt nicht ersichtlich. Die "Werkzeuge" der geschilderten Fälle sind auch nicht in irgendeiner Form geistig unnormal, wobei andere Maßstäbe anzulegen sein könnten<sup>2</sup>, und wären in der Lage, den gesetzlichen Anforderungen in vollem Umfang nachzukommen<sup>3</sup>. Wer einem anderen erklärt, ein bestimmtes Gewehr sei nicht geladen, kann dem Vordermann dadurch nicht die Verantwortung für dessen Schuß abnehmen. Das ist insoweit auch gänzlich unbestritten: der Vordermann wird wegen seines Verhaltens wegen fahrlässiger Tötung bestraft.

Ob in derartigen Fällen gleichwohl zusätzlich eine mittelbare Täterschaft des Hintermanns angenommen werden kann, hängt letztlich von der Bewertung der Handlung des Vordermanns ab. Wer sich auf den Standpunkt stellt, die Aufforderung, auf einen bestimmten als "Wildschwein" bezeichneten Punkt zu schießen, sei nicht geeignet, den Tod des auf diesem Punkt stehenden Försters herbeizuführen, da der Vordermann auf ein nicht völlig sicher erkanntes Objekt nicht schießen darf und sich folglich selbst vergewissern muß, ob es sich bei dem als "Wildschwein" bezeichneten Ziel nicht

---

1. JuS 74,374.

2. Vgl. auch Kugler, Ingerenz S.381.

3. Wie weit die Strafbarkeit dennoch ausgedehnt wird, beweist anschaulich ein Beispiel von Jescheck, AT S.497, nach welchem die Mitfahrerin, die den Kraftfahrer zu leichtsinniger Fahrt anspornt, für die Unfallfolgen als Täterin haften soll. Dabei muß man jedoch fragen: wer fährt denn eigentlich?



möglicherweise doch um einen Menschen handelt, der muß die mittelbare Täterschaft des Hintermanns verneinen. Dies übersieht Herzberg<sup>1</sup>, wenn er in diesem Zusammenhang sinngemäß ausführt, für den Vordermann gebe es keine Hemmungsfaktoren. Diese Hemmungsfaktoren sind entgegen der Ansicht Herzbergs sogar gesetzlich festgelegt: jede, aber auch jede Unsicherheit über das Ziel führt zum Verbot des Schießens, wenn nicht besondere Umstände die Handlung dennoch rechtfertigen.

Zur Bejahung der mittelbaren Täterschaft dürfte im Fall 2) somit nur kommen, wer den Vordermann von der Pflicht zur eigenen Überprüfung des Gewehrs, im Fall 3), wer ihn von der Pflicht zur eigenverantwortlichen Vergewisserung über das gewählte Ziel entlastet<sup>2</sup>. Denn nur dann, wenn der Vordermann aufgrund der Versicherung, das Gewehr sei ungeladen, sich von der Ungefährlichkeit des geplanten Scherzes nicht selbst vergewissern muß, kann die "Eignung" des Verhaltens des Hintermanns zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges bejaht werden.

Klärend für die in diesen Fällen maßgeblichen Wertungen dürfte auch die folgende Überlegung sein: ist die spätere Benutzung einer übergebenen Waffe als Tatwaffe zur Zeit der Übergabe noch nicht vorhersehbar, dann dürfte eine Täterschaft des Hintermanns auf jeden Fall zu verneinen sein, wenn man nicht eine Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen der Unterlassungs-

---

1. JuS 74,374.

2. Dennoch nimmt die ganz h.L. in diesen Fällen ohne weiteres mittelbare Täterschaft an; so z.B. Roxin, aaO S.174, Busse, Täterschaft S.164 f, 269 f, Jescheck, AT S.506 und Herzberg, Unterlassung S.260 f.

delikte begründen will<sup>1</sup>.

Nach allem wird durch die Bejahung der mittelbaren Täterschaft des Hintermanns die eigenverantwortliche Fehlleistung des Vordermanns zu wenig berücksichtigt. Zwar ist die Kausalität des Verhaltens des Hintermanns zu bejahen. Die Kausalität allein genügt zur Bejahung der Täterschaft aber nicht<sup>2</sup>. Der Täter muß vielmehr eine Handlung begehen, die geeignet ist, den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Insoweit muß aber gesagt werden: der "zweckrationale Einsatz" eines Kausalfaktors "Fahrlässigkeitstäter" geht an der vom Gesetz vorgezeichneten Verantwortlichkeitsstruktur vorbei, nach welcher jedermann seine eigenen Handlungen auf ihre Gefährlichkeit für die Umgebung in aller Regel eigenverantwortlich überprüfen muß<sup>3</sup>.

Wenn häufiger ausgeführt wird, daß die Grenze der mittelbaren Täterschaft erreicht sei, wo rechtlich eine Beherrschung durch den Hintermann nicht mehr möglich sei<sup>4</sup>, dann ist dies der zutreffende Ansatz, zur dem Gesetz zugrundeliegenden Verantwortlichkeitsstruktur durchzudringen.

Dieser Gesichtspunkt, daß nämlich jedermann eigenverantwortlich seine Handlungen auf ihre potentielle Gefährlichkeit hin überprüfen muß, ist maßgeblich

- 
1. Die Täterschaft bejaht aber BGHSt 11,353 ff; dagegen z.B. Welp, Tun S.292, Rudolphi, Gleichstellungsproblematik S.123 und Kugler, Ingerenz S.379; gegen den BGH auch Herzberg, aaO S.308 für den Fall, daß die Übergabe der Tatwaffe nicht "pflichtwidrig" war, wobei allerdings nicht deutlich wird, was er unter "pflichtwidrig" versteht.
  2. Siehe oben S.45 ff und Teil II Kap.1 und 2.
  3. a.A. aber z.B. Bockelmann, AT S.171, der mittelbare Täterschaft sogar bei bewußter Fahrlässigkeit des Tatmittlers bejaht.
  4. So z.B. Jescheck, AT S.505.

auch bei den ebenfalls zur Gruppe des "vorsatzlosen Werkzeugs" zählenden Fällen des von einem Hintermann verursachten "Irrtums über die sachlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes" zu berücksichtigen<sup>1</sup>. Es leuchtet nicht ohne weiteres ein, daß das "Einreden" eines Rechtfertigungsgrundes zur mittelbaren Täterschaft führen soll<sup>2</sup>, obwohl der Vordermann doch selbst verpflichtet ist, die Voraussetzungen eines solchen eingehend und eigenverantwortlich zu prüfen.

In allen diesen Fällen wird die Strafbarkeit des Hintermanns wegen seines "bösen Willens und Wollens" sehr weit ausgedehnt. Demgegenüber sollte man jedoch anerkennen, daß die böse Einflüsterung nicht primär, sondern nur sekundär, d.h. im Rahmen einer rechtsgutsverletzenden Haupttat, rechtswidrig ist, da der Vordermann aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen verpflichtet ist, die Einflüsterungen als solche zu erkennen bzw. ihr nicht ungeprüft zu vertrauen<sup>3</sup>.

Für sich genommen sind alle angeführten Handlungen bei rechtmäßigen Verhalten des Vordermanns - womit der Hintermann ja rechnen können muß<sup>4</sup> - nicht geeignet, den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Folglich handelt der Hintermann nicht "primär"-rechtswidrig. Er ist daher auch nicht (mittelbarer) Täter der

- 
1. Dazu siehe insbesondere Roxin, Täterschaft S.205 ff und Hirsch, Lehre S.326 ff.
  2. a.A. aber Roxin, aaO S.205 ff.
  3. Vgl. auch Zielinski, Handlungsunwert S.281 N.35, der eine Tatherrschaft in diesen Fällen bei der Fahrlässigkeitsvariante verneint, dabei aber nicht beachtet, daß die Steuerung selbst im Fall der Vorsatztat nicht anders zu beurteilen ist; siehe dazu auch oben S.156 ff und 168 ff.
  4. Es handelt sich insoweit um eine Art "Vertrauensgrundsatz"; vgl. dazu oben S.135 N.4.

vom Vordermann ausgeführten Handlung. "Das Prinzip der Steuerbarkeit hat nämlich faktische und normative Grenzen."

Mit anderen Worten: die h.M., die eine Haftung des Hintermanns bejaht, ist nur dann vertretbar, wenn er erstens mit dem unsorgfältigen Verhalten des Vordermanns rechnen muß. Unter diesem Aspekt des Vertrauensgrundsatzes<sup>1</sup> ergeben sich Differenzierungsmöglichkeiten z.B. im Fall 2), wenn der Vordermann schon angetrunken ist, bzw. im Fall 3), wenn derselbe für sein besonders leichtsinniges "Umherballern" bekannt ist.

Eine Haftung des Hintermanns erscheint auch vertretbar, wenn der Vordermann aufgrund arbeitsteiliger Erledigung von Aufgaben auf die Angaben des Hintermanns vertrauen darf<sup>2</sup>, er also keine eigene Prüfungspflicht bezüglich der Eignung seiner Handlung hat<sup>3</sup>.

Die Entscheidung ist aber letztlich von den jeweiligen Wertungen abhängig. Insoweit kommt es weniger darauf an, eine Lösung anzubieten, als darauf, die dieser Lösung zugrundeliegenden Wertungen aufzuzeigen und herauszuarbeiten. Das aber wurde hier versucht.

Wem das Ergebnis als indiskutabel erscheint, wem das Rechtsgefühl "streikt", dem sei zu überlegen gegeben, welches die tatsächlichen Grundlagen für das entgegengesetzte Ergebnis sind: entweder man rekurriert auf die Äquivalenztheorie<sup>4</sup> oder man nimmt mit Roxin<sup>5</sup> an,

---

1. Vgl. dazu auch Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.58 ff, Geilen, JZ 65,469 ff, Kugler, Ingerenz S.277 und Stratenwerth, F Schr.Eb.Schmidt S.383 ff; w.N. siehe oben S.135 N.4.

2. Dazu siehe auch Zielinski, aaO S.280 f.

3. Siehe oben S.256 f und 258 f.

4. So z.B. Stratenwerth, AT Rn.767 und Roxin, aaO S.177.

5. aaO S.173 ff.

daß das reine "Mehrwissen" auch ein Plus an Steuerungsmöglichkeit beinhaltet. Entgegen der Ansicht Roxins kommt es jedoch primär auf die "Eignung" des Verhaltens zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs, d.h. auf die objektive Herrschaftsmöglichkeit, an und erst in zweiter Linie auf das subjektive Bewußtsein darum, d.h. auf den Vorsatz.

Dennoch liegt in dieser Argumentation von Roxin eine der "Ersatzlösungen": derjenige, dessen Handlung zwar mangels Eignung nicht "primär-rechtswidrig" ist, der jedoch selbst von der Eignung seines Verhaltens überzeugt ist und diese "will", begeht nach ganz h.M. einen untauglichen Versuch<sup>1</sup>. In den hier untersuchten Fällen könnte also trotz des eingetretenen Erfolges lediglich ein Versuch angenommen werden, weil die Verantwortlichkeitsstruktur des Gesetzes es verbietet, dem Hintermann diesen Erfolg zuzurechnen.

Eine andere Möglichkeit liegt darin<sup>2</sup>, dem aktiv eingreifenden, die Situation als einziger voll überschauenden "Gehilfen", der den Vordermann nicht nur ins Unglück schliddern läßt, sondern dabei sogar noch anschiebt, eine Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun<sup>3</sup> zuzuschreiben und ihn somit wegen einer Unterlassungstat zu bestrafen<sup>4</sup>.

Diese Möglichkeiten sollen hier jedoch nicht weiter

- 
1. Dazu siehe oben Teil II Kap.2 E.
  2. Gerade im Fall 1) liegt dort wohl auch der Schwerpunkt des empörten Rechtsgefühls.
  3. Falls man dieses Institut überhaupt für zulässig hält; dazu siehe oben S.83 N.3.
  4. So Herzberg, Unterlassung S.260 f allerdings von anderen Grundlagen aus (dazu siehe oben S.82 f m.w.N.); vgl. auch Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt S.111 N.79 und Busse, Täterschaft S.165, 184 und 227.

verfolgt werden, zumal die dargelegte Ablehnung der mittelbaren Täterschaft des Hintermanns ohnehin wohl kaum einen Vertreter der herrschenden Meinung überzeugen wird. Ansätze zum gleichen Verständnis der maßgeblichen Wertungen sind allerdings schon vorhanden, wenn Schroeder ausführt: "Keinesfalls darf hier (scil.: bei der Benutzung eines fahrlässigen Werkzeugs) die fehlende Möglichkeit der Bestrafung wegen Anstiftung zur Fahrlässigkeitstat zur Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft führen."<sup>1</sup>

c) Ausgeschlossen ist die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft bei den eigenhändigen Delikten: da das deliktstypische Unrecht dabei voraussetzt, daß die spezifische Handlung eigenhändig ausgeführt wird<sup>2</sup>, kann der das - im objektiven Bereich der Tatbestands-schilderung entsprechende - Geschehen steuernde Hintermann selbst bei entsprechendem Vorsatz nicht Täter sein.

Wenn im Fall der Hamburger Bordellwirtin gleichwohl von Mezger<sup>3</sup> und Roeder<sup>4</sup> mittelbare Täterschaft der Wirtin angenommen wird, dann können diese Autoren zwar darauf verweisen, daß bei anderen Deliktsgruppen allein die "überschießende Innentendenz" des Hintermanns bzw. sein gegenüber dem Vordermann weiterreichender Vorsatz die mittelbare Täterschaft begründen soll<sup>5</sup>.

- 
1. Täter S.74; siehe auch Bockelmann, F Schr.Gallas S.269 zur entsprechenden Situation bei der Beihilfe.
  2. Dazu siehe oben Teil II Kap.2 C 3.
  3. LK (8.Aufl.) §47,1 a.
  4. ZStW 69,248 f.
  5. So beim sog. "absichtslosen" und beim "vorsatzlosen" Werkzeug; in beiden Beispielsgruppen wurde hier entgegen der ganz h.M. eine mittelbare Täterschaft verneint; siehe oben S.270 ff und 273 ff.



Im Fall der eigenhändigen Delikte liegt es jedoch so, daß nur bei eigenhändiger Vornahme der im jeweiligen Tatbestand umschriebenen Handlung das deliktstypische Unrecht begangen wird. Während im Fall des "absichtslosen Werkzeugs" - nach der von der h.M. vertretenen Ansicht - der Hintermann aufgrund seiner Zueignungsabsicht in Verbindung mit seinem objektiven Tatbeitrag das tatbestandstypische Unrecht eines Diebstahls verwirklicht, handeln im Fall der Hamburger Bordellwirtin weder die verkuppelten Geschwister - mangels eines entsprechenden Vorsatzes - noch auch die Wirtin - mangels eigenhändiger Vornahme der Handlung - deliktstypisch unrechtmäßig im Sinn des §173 StGB<sup>1</sup>.

#### 6. Das qualifikationslose Werkzeug

Problematisch ist auch die Lösung der Fälle des sog. "qualifikationslosen Werkzeugs". In diesen Fällen kann der handelnde Vordermann das deliktstypische Unrecht des objektiv von ihm verwirklichten Sonderdelikts deshalb nicht verwirklichen, weil ihm das Rechtsgut bzw. das in Frage stehende Rechtsgutsobjekt nicht in der oben umschriebenen Weise "überantwortet" worden ist<sup>2</sup>. Da aber die mittelbare Täterschaft ihrer Handlungsstruktur nach eine normale Form der Täterschaft ist<sup>3</sup>, der mittelbare Täter folglich das deliktstypische Unrecht des jeweiligen Tatbestands in vollem

---

1. Dies ist auch die Ansicht der ganz h.M.; siehe z.B. Roxin, aaO S.399 ff, Stratenwerth, AT Rn.759 f, Herzberg, ZStW 82,914 ff und JuS 74,241, Jescheck, AT S.504, Schroeder, Täter S.79 und Schmidhäuser, AT S.529 f; vgl. auch Gallas, Fschr.Engisch S.612 ff.

2. Dazu siehe oben Teil II Kap.2 D.

3. Siehe oben S.238 ff; N. zu anderen Auffassungen siehe bei Langer, Sonderverbrechen S.115 ff.



Umfang erfüllen muß, kann der Vordermann als "Extraneus" nicht Täter eines Sonderdelikts sein. Dies ist für den Fall der Vollendung des Verbrechens heute wohl un-  
streitig<sup>1</sup>; nicht eindeutig geklärt ist lediglich, ob der Außenstehende nicht doch Täter eines strafbaren Versuchs sein kann<sup>2</sup>.

Kann aber der vorsätzlich handelnde, qualifikationslose Vordermann mangels Verwirklichung des vollen tat-  
pischen Unrechts nicht Täter sein, so ist dadurch die Stellung des Hintermanns, der die notwendige Qualifi-  
kation hat, nicht schon zweifelsfrei diejenige eines mittelbaren Täters des Sonderdelikts. Denn es ist ja auch möglich, daß keiner der Beteiligten in dieser Fallkonstellation eine strafbare Handlung begeht.

Auf jeden Fall kann der Hintermann nur dann Täter sein, wenn sein eigenes Verhalten geeignet ist, das delikts-  
typische Unrecht herbeizuführen<sup>3</sup>.

Wie beim "absichtslosen Werkzeug" wird auch im Fall des "qualifikationslosen Werkzeugs" von der herrschen-  
den Meinung das Vorliegen einer mittelbaren Täterschaft des Hintermanns bejaht<sup>4</sup>. Dies Ergebnis müßte auch vom

- 
1. N. zu gegenteiligen früheren Auffassungen sowie Kritik der Begründungen siehe bei Langer, aaO S.115 ff
  2. Dazu siehe oben S.195 ff; die Streitfrage um die Möglichkeit einer "Teilnahme an unvorsätzlicher Tat", die das Problem der mittelbaren Täterschaft des Extraneus von einer anderen Seite her zu lösen versuchte (vgl. Langer, aaO S.467; auch Roxin, aaO S.364 ff) ist durch die Änderung der Definition der Anstiftung wohl endgültig ausgeräumt worden; a.A. aber Schmidhäuser, AT (1.Aufl.; aufgegeben 2.Aufl. S.538 f, aber S.549 f) S.427; gegen diesen zutreffend Roxin, ZStW 83,398; vgl. auch Herzberg, JuS 75,577 N.21 und Bockelmann, Fschr.Gallas S.263.
  3. Siehe oben Teil II.
  4. So z.B. Kohlrausch-Lange, StGB vor §47, I5B2e, Welzel, Strafrecht S.104, Maurach, AT S.636, Gerhardt, Abgrenzung S.105 ff, Baumann, AT S.565 und Spandel, Fschr.R.Lange S.152 ff.

Boden der Tatherrschaftslehre als fragwürdig erscheinen, da die Tatherrschaft des Hintermanns ja anhand nachprüfbarer Kriterien begründet werden müßte. Die Begründungen, die die eine mittelbare Täterschaft des Hintermanns bejahenden Vertreter der Tatherrschaftslehre geben, sind denn auch mehr als zweifelhaft. So begründen z.B. Gallas<sup>1</sup> und Jescheck<sup>2</sup> die Tatherrschaft des Hintermanns "normativ", d.h. sie schließen allein aus der Tatsache, daß lediglich der Hintermann das volle deliktstypische Unrecht begehen könnte, auf dessen Tatherrschaft. Gallas kommt bemerkenswerterweise zu diesem Schluß, nachdem er zuvor noch ausdrücklich festgestellt hat, daß der "Hintermann den unmittelbar Handelnden nicht beherrscht, ihn nicht als Werkzeug benutzt", daß es sich "somit" um eine Anstiftung handeln könnte<sup>3</sup>. Der Hintermann übe aber einen "rechtlich beherrschenden Einfluß" aus<sup>4</sup>. Denn kraft seiner Qualifikation liege es allein in seiner Hand, ob es überhaupt zu einem Delikt komme<sup>5</sup>.

Demgegenüber gilt es jedoch ganz eindeutig darauf hinzuweisen, daß die in den Voraussetzungen gesetzlich nicht definierte, von vielen Autoren nicht näher dargelegte Tatherrschaft nicht zum beliebig ausfüllbaren Begriff werden darf, daß Tatherrschaft nicht - wie der Täterwille - beliebig dekretierbar ist, um irgendwelche

- 
1. Gutachten S.136; ihm folgend z.B. Lackner, StGB §25,1 b bb; dagegen zutreffend Roxin, aaO S.254 ff.
  2. AT S.508; siehe dazu auch Maurach, AT S.636 und Welzel, aaO S.104.
  3. aaO S.135.
  4. Jescheck, AT S.509; vgl. auch Gallas, aaO S.136.
  5. So Gallas, aaO S.136 und Jescheck, AT S.509.

Strafbedürfnisse befriedigen zu können<sup>1</sup>. Täter ist allein derjenige, der die Unrechtshandlung begeht. Ob jemand Täter ist, ist festzustellen. Diese Feststellungen sind anhand nachprüfbarer Kriterien zu begründen: die bloße Behauptung<sup>2</sup> einer "normativen"<sup>3</sup> oder "sozialen"<sup>4</sup> Tatherrschaft genügt ebensowenig wie diejenige einer "Zurechnungsherrschaft"<sup>5</sup>, zumal bei den gleichgelagerten Fällen des "absichtslosen Werkzeugs"<sup>6</sup> der Hintermann allein durch ein isoliertes subjektives Unrechtselement zum Tatherrn werden würde. Eine Konstellation, die normalerweise höchstens zur Strafbarkeit wegen eines Versuchs ausreicht<sup>7</sup>, würde hier also zur Täterbestrafung wegen eines vollendeten Delikts führen.

Zu Recht führt Schroeder demgegenüber aus, daß die genannten Autoren die Tatherrschaft letztlich fingieren und daß eine derartige Fiktion der Täterposition ohne weiteres auch vom Boden der subjektiven Theorie aus möglich wäre<sup>8</sup>. Schroeder selbst verneint die Möglichkeit, die Täterschaft des Hintermanns außer vom Boden

- 
1. Gerade gegenüber derartigen Ausweitungen der Tatherrschaftslehre erscheint die Kritik von Gimbernat-Ordeig und Johannes (N.oben S.39 und 43 f) als allzu berechtigt; sehr kritisch auch Roxin, aaO S.256 ff und (3.Aufl.) S.602 ff, Herzberg, ZStW 82,915 und Wagner, Amtsverbrechen S.380 ff.
  2. Vgl. Roxin, aaO S.255: "petitio principii"; zustimmend Herzberg, JuS 74,377; siehe auch Samson, SK §25,35: "Zirkelschluß".
  3. So Jescheck, AT S.508 f.
  4. So Welzel, ZStW 58,543 f.
  5. Wagner, aaO S.381, der eine "normative" Tatherrschaft zwar ablehnt, der Sache nach jedoch ebenfalls dieser Ansicht zuneigt, wenn er ausführt, das Unrecht könne ohne den Intraneus nicht entstehen.
  6. Siehe dazu oben zu Zif.5a.
  7. Siehe oben Teil II Kap.2 E.
  8. Täter S.87.

der formal-negativen Theorie<sup>1</sup> aus, die aus dem Nicht-vorliegen der Täterschaft beim Vordermann auf die Täterstellung des Hintermanns schließt, zu begründen<sup>2</sup>. Dieser Weg ist jedoch nicht gangbar. Die formal-negative Theorie steht und fällt mit der Richtigkeit ihrer Prämisse, daß entweder der Vordermann oder aber der Hintermann Täter sein müsse. Eine derartige Prämisse verbietet sich jedoch im Bereich des Strafrechts von selbst. Ob ein tatbestandsmäßiger Erfolg in strafrechtlich zurechenbarer Weise herbeigeführt worden ist, ist positiv festzustellen; ein (logischer) Schluß von der Tatsache, daß jemand nicht Täter eines bestimmten Delikts ist, auf die Täterstellung eines anderen ist unzulässig.

Nach allem ist Roxin zuzustimmen, wenn er ausführt, eine Willensherrschaft des Hintermanns könne beim dolosen Werkzeug in der Regel nicht bejaht werden<sup>3</sup>. Der Hintermann hat keine beherrschende Stellung inne. Damit ist aber eine "Tatherrschaft" des Hintermanns abzulehnen<sup>4</sup>.

Wenn der Hintermann gleichwohl in aller Regel als Täter bestraft werden kann, dann liegt das also nicht daran, daß er eine wie immer geartete Herrschaft über den Vordermann ausüben würde, sondern daran, daß seine Handlung bzw. sein Verhalten selbst schon, d.h. auch ohne eine derartige Tatherrschaft über den Vordermann, "geeignet ist, das tattypische Unrecht des jeweiligen Sonderdelikts herbeizuführen"<sup>5</sup>. Wann dies der Fall ist,

---

1. N. dazu bei Schroeder, Täter S.26 f.

2. aaO S.88 f und 165 f.

3. aaO S.253 ff; vgl. auch Gerhardt, Abgrenzung S.107.

4. Ebenso Roxin, aaO S.253 ff.

5. Dazu siehe oben Teil II Kap.2 D.

muß durch sorgfältige Analyse des jeweiligen Tatbestands festgestellt werden. Im Bereich der Handlungsdelikte ist dabei - soweit oberflächlich erkennbar - die Verletzung einer Sonderverpflichtung immer gleichbedeutend mit der Erfüllung des jeweiligen tatbestandstypischen Unrechts<sup>1</sup>. Im Bereich der Unterlassungsdelikte sind jedoch gerade in jüngster Zeit gewichtige Zweifel geäußert worden, daß der Garant in jedem Fall Täter sei<sup>2</sup>. Dieses Problem liegt jedoch außerhalb der Themenstellung und soll daher nicht weiter verfolgt werden.

Hier geht es lediglich darum festzustellen, ob der Hintermann Täter sein kann. Dazu ist zu sagen, daß der Hintermann, falls sein eigenes Verhalten nicht geeignet ist, das deliktstypische Unrecht herbeizuführen - wann das der Fall ist, muß durch Analyse der einzelnen Vorschriften festgestellt werden - straflos bleiben muß. Denn eine "Umstrukturierung" der Dogmatik lediglich mit dem Ziel, die Strafbarkeit des Hintermanns begründen zu können, dessen Verhalten man als bestrafenswürdig empfindet, verstößt gegen den Satz "nulla poena sine lege"<sup>3</sup>; das Ausfüllen von Strafbarkeitslücken ist ganz eindeutig Sache des Gesetzgebers, nicht aber Aufgabe der normanwendenden Instanzen<sup>4</sup>.

---

1. Dazu siehe z.B. Roxin, aaO S.352 ff; zu den "Amtsverbrechen" siehe ausführlich Wagner in seiner gleichnamigen Monographie.

2. Dazu siehe oben S.186 f m.N.

3. So auch Roxin, ZStW 84,1008 f; Herzberg, JuS 74,377.

4. Gerade unter diesem Aspekt erscheint es dringend notwendig, auf dem von Roxin vorgezeichneten Weg der Präzisierung des Begriffes "Tatherrschaft" weiterzugehen, damit nicht auch dieser - wie derjenige des Täterwillens - mit beliebigem Inhalt ausgefüllt werden kann.

## 7. Das unfreie Werkzeug<sup>1</sup>

a) Das im Nötigungsnotstand handelnde "Werkzeug" handelt nicht nur rechtswidrig, sondern auch deliktstypisch unrechtmäßig im Sinn der früheren Ausführungen. Der im Nötigungsnotstand handelnde Vordermann ist mithin Täter des von ihm begangenen Delikts<sup>2</sup>. Gleichwohl ist die mittelbare Täterschaft des Hintermanns unbestritten<sup>3</sup>.

Wir können uns an dieser Stelle längere Ausführungen ersparen, da der zutreffenden Begründung von Roxin nichts hinzuzufügen ist: das Gesetz, das den im Nötigungsnotstand handelnden Vordermann von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entlastet, zeigt durch diese Entlastung an, daß es die "Eignung" einer die Intensität des §35 StGB erreichenden Nötigungshandlung zur Veranlassung des Genötigten zu der von ihm geforderten Straftat bejaht. Auch hier geht es nämlich

- 
1. Diese Gruppe wird schon vor derjenigen des sog. "schuldlosen Werkzeugs" abgehandelt, da nach einer stark vertretenen und wohl auch zutreffenden Ansicht die Straffreiheit bei den "Entschuldigungsgründen" nicht lediglich aufgrund fehlender Schuld, sondern wegen verminderten Unrechts und deshalb fehlender Schuld eintritt; so z.B. Rudolphi, ZStW 78, 79 ff, Armin Kaufmann, Dogmatik S.156 ff, Welzel, Strafrecht S.178 f, Jescheck, AT S.359 f, Wessels, AT S.75, Roxin, ZStW 84, 1006, Zielinski, Handlungsunwert S. 232 und Noll, ZStW 77, 17 f; vgl. auch die Ausführungen zur "Tatverantwortung" von z.B. Maurach, AT S.379 ff und Fluri, Tatverantwortung S.20 f, 43 ff und 50 ff; siehe auch Roxin, Fschr.Henkel S.183 ff.
  2. So auch Roxin, Täterschaft S.131 ff und ZStW 78, 227, Gallas, Gutachten S.133, Stratenwerth, AT Rn.773 f und Welzel, aaO S.102 f; a.A. jedoch z.B. Schroeder, Täter S.13 und 191 N.4: Gehilfe.
  3. N. siehe oben N.2; aber auch Schroeder, aaO S.195; Lackner, StGB §25, 1b bb; Blei, AT S.228, Petters-Preisendanz, StGB §25, 3c, Dreher, StGB §25, 3, Roxin, Fschr.Henkel S.183 f, Kohlrausch-Lange, StGB vor §47, I B2 und Baumann, AT S.564.



nicht um eine im einzelnen später festzustellende Kausalität, sondern um eine ex ante zu stellende Prognose, um ein statistisches Gesetz: weil der Druck, dem sich das Opfer einer derartigen Nötigung ausgesetzt sieht von berufstypischen Ausnahmen wie z.B. Polizei u.a. abgesehen ausreicht, um ihm die Fähigkeit zu selbstverantwortlicher Entscheidung zu nehmen und ihn zu dem von ihm geforderten Verhalten zu veranlassen<sup>1</sup>, ist schon die Handlung des Hintermanns - vorausgesetzt, daß er überhaupt das tatbestandstypische Unrecht begehen kann, im Fall der Sonderdelikte also Intraneus ist<sup>2</sup> - als geeignet anzusehen, das deliktstypische Unrecht herbeizuführen. Der Hintermann ist folglich Täter der vom Vordermann abgenötigten Straftat.

b) Im Rahmen des entschuldigenden Notstands gilt sinngemäß das gleiche wie im Fall des durch Notwehr gerechtfertigten Werkzeugs: wenn der Hintermann die Lage, aufgrund deren das Werkzeug dann von der Verantwortung entlastet wird, selbst herbeiführt, ist seine Handlung "geeignet" im Sinn einer primären Rechtswidrigkeit, "geeignet" also, den tatbestandsmäßigen Erfolg bzw. die unrechtstypische Handlung herbeizuführen. Er ist folglich Täter<sup>3</sup>.

Ebenso wird die "Eignung" zu bejahen sein, wenn bei bestehender Notstandssituation der Hintermann dem Vordermann die Möglichkeit verschafft, die Notstands-

- 
1. Der Sache nach ebenso z.B. Roxin, Täterschaft S.146 f und ZStW 78,227 sowie ZStW 84,1006, Schmidhäuser, AT S.523 f, Jescheck, AT S.508, Herzberg, JuS 74, 242, Welzel, aaO S.103 und Busse, Täterschaft S.268.
  2. Vgl. dazu Wagner, Amtsverbrechen S.382 ff, 385.
  3. Ebenso Roxin, Täterschaft S.149; siehe auch Gallas, aaO S.134, Maurach, AT S.502 und Baumann, JuS 63,129.

tat zu begehen<sup>1</sup>: auch hier wird der "durchschnittliche Vordermann" im Regelfall, von dem der Gesetzgeber insoweit ausgeht, keine Hemmungen haben, die vom Hintermann verschaffte Möglichkeit zu nutzen und sich auf "fremde Kosten" zu retten.

Eine weitere Ausdehnung der Täterschaft ist dagegen nicht möglich. Denn das Argument von der generellen Unfreiheit des Vordermanns, mit dessen Hilfe Schroeder<sup>2</sup> und Gallas<sup>3</sup> bei jedem Zuruf mittelbare Täterschaft des Zurufenden annehmen, ist nicht stichhaltig: selbst wenn man die Eignung eines derartigen Zurufs noch bejahen würde - was unrichtig wäre, da psychisch vermittelte Kausalität nur bei einer durch den Hintermann herbeigeführten Zwangssituation ausreicht - dann führt doch aber das Erfordernis der "Interessenabwägung" zu dem Schluß, daß der Zuruf des Hintermanns nicht unzulässig in die Rechte des "Opfers" eingreift.

c) Wenn die Nötigung durch den Hintermann nicht die Intensität eines Nötigungsnotstands erreicht, sondern wie im Fall der sexuell hörigen Frau lediglich eine "notstandsähnliche seelische Beeinflussung" besteht<sup>4</sup>, erscheint die Stellung des Hintermanns gegenüber dem Vordermann schwächer zu sein als in den gerade beschriebenen Situationen. Gleichwohl sieht Schroeder<sup>5</sup>

---

1. Roxin, aaO S.151 m.w.N.; zustimmend z.B. Herzberg, JuS 74,243; ablehnend z.B. Schroeder, aaO S.75 (die Unterscheidung wirke "gekünstelt") und Gallas, aaO S.134.

2. aaO S.75.

3. aaO S.134.

4. Roxin, aaO S.156.

5. aaO S.120 ff, 196; so auch Nowakowski, JZ 56,549 und Maurach, AT S.632; ablehnend z.B. Gallas, aaO S.134, Roxin, aaO S.156 und ZStW 78,225 f, Herzberg, JuS 74,241 und Welzel, aaO S.103.

den Hintermann als mittelbaren Täter an, da "materiell die gleiche Abhängigkeit des Ausführenden"<sup>1</sup> vorliege wie im Fall eines Schuldausschließungsgrundes. Die Entlastung des Ausführenden scheitere vielfach lediglich an "der im Interesse der Effektivität des Strafrechts notwendig streng formalen Begrenzung der Schuldausschließungsgründe."<sup>2</sup> Aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit könne die gebotene Belastung des Vordermanns dem Hintermann nicht als Entlastung zugute kommen<sup>3</sup>.

Die Ansicht Schroeders ist jedoch abzulehnen. Zutreffend hat dagegen schon Roxin vorgebracht, daß "wenn der Gesetzgeber dem Handelnden das Privileg des Schuldausschlusses versagt", er das deswegen tue, "weil er davon ausgeht, daß der einzelne Beeinflussungen, die einen bestimmten Stärkegrad nicht überschreiten, widerstehen kann und soll."<sup>4</sup> Folglich müsse nach dem "Verantwortungsprinzip"<sup>5</sup> die Tatherrschaft "dort ihre Grenzen finden, wo das Recht und Tun des unmittelbar Handelnden als ein freies und damit persönliche Verantwortung begründendes wertet."<sup>6</sup>

Dem ist nichts hinzuzufügen: die Beeinflussung, der der Vordermann nach der Wertung des Gesetzes widerstehen kann und auch soll, ist ex ante gesehen nicht

---

1. aaO S.121.

2. aaO S.196.

3. aaO S.196.

4. ZStW 78,225,226 und Fschr.R.Lange S.175 ff; siehe auch Spendel, Fschr.R.Lange S.166.

5. Dazu siehe Roxin, Täterschaft S.147 und Fschr.R. Lange S.177; zustimmend z.B. Herzberg, JuS 74,241.

6. Gallas, aaO S.134; siehe auch Roxin, Täterschaft S.156 ff und Fschr.R.Lange S.175 f, Stratenwerth, AT Rn.771 ff, Wessels, AT S.100 und Herzberg, JuS 74,241.

geeignet, die spätere Straftat herbeizuführen. Der Vordermann soll der Beeinflussung widerstehen; der beeinflussende Hintermann kann daher nur Anstifter, nicht aber Täter sein.

#### 8. Das schuldlose Werkzeug

Der schuldunfähige Vordermann handelt deliktstypisch unrechtmäßig im Sinn der Ausführungen im zweiten Teil dieser Untersuchung. Er ist folglich Täter. Fraglich kann nur sein, welche Position der veranlassende Hintermann einnimmt<sup>1</sup>.

Mit Sicherheit ist die erforderliche "Eignung" des Verhaltens des Hintermanns gegeben, wenn der Vordermann - gleichgültig ob dies ein Erwachsener oder ein Kind ist - "willenlos" ist und ihm somit jegliches Hemmungsvermögen fehlt. Derjenige, der einen Willenlosen zu einer Straftat verleitet, ist in jedem Fall mittelbarer Täter der von diesem begangenen Tat<sup>2</sup>.

Ist der Schuldfähige dagegen in der Lage, sich nach eigenem Willen zu steuern, hat er vielleicht sogar den Tatplan unabhängig vom Hintermann gefaßt, dann kann die Eignung einer Veranlassungshandlung des Hintermanns zweifelhaft sein<sup>3</sup>. Da die in §3 JGG

- 
1. Vgl. dazu vor allem Roxin, Täterschaft S.233 ff und (3.Aufl.) 59o f, Gallas, aaO S.134, Maurach, AT S. 641, Blei, AT S.228, Wessels, AT S.99, Baumann, AT S.564, Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,23, Petters-Preisendanz, StGB §25,3c und Lackner, StGB §25,1b bb.
  2. Roxin, aaO S.235, 239, Jescheck, AT S.5o7, Schmidhäuser, AT S.525 f und Stratenwerth, AT Rn.772; w.N. bei Roxin, aaO S.233 ff und Gerhardt, Abgrenzung S.79 f.
  3. Vgl. z.B. Welzel, Strafrecht S.1o3, Schmidhäuser, AT S.525 f, Roxin, aaO S.236, Jescheck, AT S.5o7 und Bockelmann, AT S.183; auch Maurach, AT S.64o f.

festgelegte Grenze der Schuldfähigkeit auf andere Wertungen zurückzuführen ist als diejenige des §20 StGB, erscheint die Annahme einer Beihilfe des Hintermanns an der Tat eines "an sich schuldunfähigen" Kindes keineswegs als abwegig: ein Kind kann im Einzelfall schon derart selbständig sein, daß die Eignung einer Veranlassungshandlung des Hintermanns zu verneinen ist<sup>1</sup>.

Fehlt dem Schuldunfähigen die Unrechtseinsicht, was beim "schuldunfähigen" Kind nicht notwendig der Fall sein muß, dann kann ebenfalls mittelbare Täterschaft des veranlassenden Hintermanns angenommen werden. Denn der Vordermann kann in diesem Fall von vornherein diejenigen Wertungen, aufgrund deren er die erforderlichen Hemmungen vor dem ihm angesonnenen Tun hätte entwickeln können, nicht vornehmen. Es handelt sich in diesem Fall um eine Art "konstitutionsbedingt unvermeidbaren" Verbotsirrtum, bei dem die völlige Unfähigkeit des Vordermanns, das Unrecht des von ihm geforderten Verhaltens zu erkennen, die Handlung des veranlassenden Hintermanns als geeignet erscheinen läßt, die strafbare Handlung, zu der er den Schuldunfähigen zu überreden sucht, auch tatsächlich herbeizuführen. Er ist folglich Täter<sup>2</sup>.

Die Auffassung von Schroeder<sup>3</sup>, nach welcher auch der im Grenzbereich der Schuldunfähigkeit handelnde Vorder-

- 
1. Das Problem wäre nicht in dieser Weise existent, wenn der Gesetzgeber es bei den Worten "ist nicht verantwortlich" belassen hätte, wodurch die Möglichkeit bestand, die Straffreiheit von Kindern auf Gesichtspunkte außerhalb des Schuldbereichs abzustellen.
  2. Vgl. auch Roxin, aaO S.234, Stratenwerth, AT Rn.772, Gallas, aaO S.134, Herzberg, JuS 74,376, Busch, LK §47,39 und Busse, Täterschaft S.220.
  3. Täter S.121.

mann dem veranlassenden Hintermann die mittelbare Täterschaft vermittelt, ist dagegen aus den schon beim "unfreien" Werkzeug ausgeführten Gründen<sup>1</sup> abzulehnen: die Auffassung geht an den gesetzgeberischen Wertungen vorbei. Denn der Gesetzgeber wertet denjenigen, der die in §20 StGB umschriebenen Fähigkeiten hat, als fähig, einer Beeinflussung zu ungesetzlichem strafbarem Tun zu widerstehen.

Die von Schroeder benutzten Kriterien sind außerdem konturenlos, was er auch selbst erkennt<sup>2</sup>, jedoch als "Unkosten" in Kauf nimmt zugunsten einer von ihm mit Hilfe seiner Kriterien angeblich erreichbaren größeren Einzelfallgerechtigkeit<sup>3</sup>.

Eine Erweiterung des Bereichs der mittelbaren Täterschaft über den dargelegten Umfang hinaus ist daher entgegen der Ansicht von Schroeder nicht möglich.

#### 9. Das im Verbotsirrtum handelnde Werkzeug

Wenn der Vordermann lediglich ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit handelt, dann ist er Täter im Sinn der früheren Ausführungen; denn er handelt deliktstypisch unrechtmäßig, das fehlende Unrechtsbewußtsein berührt weder die Rechtswidrigkeit, noch auch die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung, sondern allenfalls die Frage der Schuldhaftigkeit<sup>4</sup>.

---

1. Siehe oben S.293 ff.

2. aaO S.130.

3. Sehr kritisch dazu Roxin, ZStW 78,226; auch Herzberg, Unterlassung S.320 betont, daß die faktische Macht über andere, und gehe sie auch bis zur Hörigkeit, nicht garantenpflichtig mache; damit lehnt auch Herzberg eine Verantwortlichkeit des Hintermanns ab.

4. Siehe oben S.140 f.



Zu untersuchen ist wieder, welche Stellung der den Verbotsirrtum veranlassende oder ausnutzende Hintermann einnimmt. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Vordermann sich in einem unvermeidbaren (a) oder aber in einem unvermeidbaren (b) Verbotsirrtum befindet.

a) Für den Fall des unvermeidbaren Verbotsirrtums des Vordermanns wird von der ganz h.L. eine mittelbare Täterschaft des den Irrtum veranlassenden oder diesen ausnutzenden Hintermanns bejaht<sup>1</sup>. Dies ist - um das Ergebnis vorwegzunehmen - auch zutreffend. Jedoch kann diese Lösung nicht schon aus dem Begriff der Tatherrschaft oder aus einer "überlegenen sinnhaften Tatgestaltung"<sup>2</sup> hergeleitet werden, sondern muß anhand der oben erarbeiteten Kriterien gefunden werden. Danach muß die Frage also lauten: ist die Veranlassungshandlung des Hintermanns geeignet, die rechtsgutsverletzende Handlung des im unvermeidbaren Verbotsirrtum befindlichen Vordermanns herbeizuführen?

Zur Klärung dieser Frage muß ganz kurz auf den Inhalt des Unrechtsbewußtseins eingegangen werden.

Gegenstand desselben ist die Kenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit bzw. der Sozialschädlichkeit der Handlung<sup>3</sup>, das Unwerterlebnis des Täters aufgrund der

- 
1. So z.B. Herzberg, JuS 74, 374, Jescheck, AT S.508, Stratenwerth, AT Rn.785 f, Roxin, Täterschaft S.199 ff und ZStW 84, 1007 sowie Fschr.R.Lange S.178, Bockelmann, AT S.183 f und Schroeder, aaO S.76 ff je m.w.N.; a.A. aber z.B. Welzel, Strafrecht S.103; siehe auch Gerhardt, Abgrenzung S.85 ff und Franzheim, Teilnahme S.44.
  2. Täterschaft S.197 ff.
  3. Dazu siehe z.B. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S. 130 ff, Rudolphi, Unrechtsbewußtsein S.56 ff, E.Horn, Verbotsirrtum S.118 ff, Jescheck, AT S.340 und Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S.302 je m.w.N.

von ihm beabsichtigten sozialschädlichen Tat. Dieses Unwerterlebnis ist nur dadurch möglich, daß zuvor der jeweilige Wert als Wert vom Täter "erlernt" worden war. Es kann dabei für den Zweck dieser Untersuchung dahinstehen, welcher der verschiedenen soziologisch, psychologisch oder sozialpsychologisch ausgerichteten Schulen zu folgen ist<sup>1</sup>; alle Theorien stimmen darin überein, daß die jeweiligen, kulturspezifischen Werthaltungen dem Menschen schon vom frühesten Kindesalter an im Zeitraum der sog. "primären Sozialisation"<sup>2</sup> bewußt oder unbewußt anerzogen werden und daß das "Gewissen" als Repräsentant dieser Werthaltungen zumindest alle traditionellen Werte der jeweiligen Kultur verinnerlicht<sup>3</sup>. Der Lernprozeß - die "Sozialisation", "Prägung", "Identifikation" etc. - führt dazu, daß zumindest der "Kern" der jeweils gültigen Moral schon jedem Kind soweit verinnerlicht ist, daß die "eigentliche moralische Belehrung" nur noch dazu dient, das "so Empfangene zu verfestigen und zu vertiefen."<sup>4</sup>

Hier liegt auch der Bedeutungsunterschied zwischen Kriminal- und Ordnungswidrigkeitsrecht: während die Normen des ersteren in aller Regel von allen

- 
1. Dem Ansatz von T.Parsons folgt z.B. Amelung, Rechtsgüterschutz S.291 ff; zum Ansatz der Tiefenpsychologie siehe z.B. Gimbernat-Ordeig, ZStW 80,388 ff und Marcuse, Triebstruktur S.17 ff und 34 ff; zur Lerntheorie und zum Ansatz der Sozialpsychologie siehe z.B. Corell, Verhaltenspsychologie S.61 ff, 187 ff und Güttner, Identifikation S.32 ff, 48 ff und 108 ff.
  2. Dazu siehe z.B. Plack, Gesellschaft S.86, 260 und 341, Amelung, aaO S.292 und Corell, aaO S.188.
  3. Dazu siehe z.B. Plack, aaO S.86, Amelung, aaO S.292 und Brown, Eros S.340; zur Funktion des Gewissens siehe auch Tiedemann, aaO S.363 ff und 370 ff.
  4. Plack, aaO S.86.

Mitgliedern eines Kulturkreises schon im Stadium der "primären Sozialisation" verinnerlicht werden<sup>1</sup> und die Vorstellung eines "gewissenlosen Verbrechers" in diesem Sinn eigentlich undenkbar ist<sup>2</sup>, werden die Normen des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht - möglicherweise aber von späteren Generationen - verinnerlicht, so daß das Gewissen insoweit selbst bei entsprechender Anspannung keine Maßstäbe für das Erlaubt- oder Verboten sein von bestimmten Handlungen ist<sup>3</sup>. Aus diesen - hier nur ganz grob skizzierten - Tatsachen läßt sich für das hier zu lösende Problem folgendes ableiten: jede vorsätzliche, auf die Verletzung eines derart verinnerlichteten Wertes abzielende Handlung ist in aller Regel<sup>4</sup> notwendigerweise mit einem entsprechenden Unrechtsbewußtsein verbunden<sup>5</sup>. Dieses Unrechtsbewußtsein, das sogmatisch wie ausgeführt dem Schuldbereich zuzuordnen ist, ist vor bzw. spätestens während der Handlung vorhanden<sup>6</sup> und hätte

- 
1. Vgl. Amelung, aaO S.293 im Anschluß an T.Parsons; siehe auch Plack, aaO S.341 und Roxin, aaO S.199.
  2. Plack, aaO S.86; siehe auch Otto, Grundkurs S.107 und Schmidhäuser, Fschr.H.Mayer S.329.
  3. Dazu siehe auch Roxin, ZStW 77,78, Rudolphi, aaO S.62 und Tiedemann, aaO S.350 ff.
  4. So auch Otto, aaO S.106; Ausnahmen sind jedoch denkbar z.B. bei schuldunfähigen Tätern, bei Kulturfremden etc.
  5. Dies ist der berechnigte Ausgangspunkt der Lehre von der "Appellfunktion des Vorsatzes"; dazu siehe z.B. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S.130 ff, Platzgummer, Bewußtseinsformen S.63, Tiedemann, aaO S.305, 329 ff, Roxin, ZStW 74,525; kritisch dazu aber z.B. Zielinski Handlungsunwert S.84 ff, 114 ff, 273 N.20 und E.Horn, Verbotsirrtum S.19.
  6. Siehe auch oben Teil I Kap.2 A; zur Aktualität des Unrechtsbewußtseins siehe auch E.Horn, aaO S.38 ff, Platzgummer, aaO S.81 ff, Roxin, ZStW 78,248 ff, Tiedemann, aaO S.306, Schewe, Bewußtsein S.120 ff und Schmidhäuser, Fschr.H.Mayer S.322 ff.

folglich den Täter zur Aufgabe des Handlungsentschlusses noch motivieren können und sollen.

Wenn das Unrechtsbewußtsein jedoch nicht vorhanden ist, was im Bereich des Kriminalstrafrechts relativ selten, im Ordnungswidrigkeitenrecht dagegen häufiger der Fall sein wird, dann hat der Handelnde nicht die Möglichkeit, die beabsichtigte Handlung aufgrund der durch das Unrechtsbewußtsein entwickelten Hemmungen noch zu unterlassen. Die Handlung wird für ihn - rechtlich bzw. moralisch gesehen - zu einer solchen, der man keinerlei besondere Beachtung zu schenken braucht und folglich auch nicht schenkt. Eine derartige Handlung wird man auf entsprechende Veranlassung des Hintermanns ohne große Bedenken ausführen, da die Veranlassungshandlung keine entgegenstehenden Motive ausräumen muß.

Aus diesem Grund - so könnte man meinen - begründet jede Veranlassungshandlung, gleichgültig ob der Verbotsirrtum für den Vordermann un- oder vermeidbar ist, mittelbare Täterschaft des veranlassenden Hintermanns<sup>1</sup>. Eine solche Ansicht übersieht jedoch einen wichtigen Gesichtspunkt: schuldlos handelt nur derjenige, dessen Verbotsirrtum unvermeidbar war<sup>2</sup>. Nur in diesem Fall hat der Handelnde nach Ansicht des Gesetzgebers also keine Möglichkeit, eine normentsprechende Motivation zu entwickeln. Nur aus diesem Grund verzichtet das Gesetz nämlich auf den Schuldvorwurf.

- 
1. Vgl. dazu auch Roxin, ZStW 84, 1007.
  2. Jetzt ist dies durch §17 StGB geregelt; insoweit war das Problem aber auch früher ganz unbestritten: für die Vorsatztheorie siehe z.B. Schmidhäuser, AT S.416 ff und Vorsatzbegriff S.21; für die Schuldtheorie siehe z.B. Gallas, ZStW 67, 46 N.89, Roxin, Tatbestände S.112 ff, Lackner, StGB §15, 5 c und Schroeder, LK §59, 241; zu diesen Fragen siehe auch Langer, GA 76, 206 ff, 213 ff.

Die Situation ist somit derjenigen des sog. "unfreien Werkzeugs"<sup>1</sup> ähnlich: der Vordermann wird vom Gesetz entlastet, weil er unter den gegebenen Voraussetzungen sich nicht normgemäß motivieren konnte. Diese Tatsache berechtigt aber auch dazu, schon die Veranlassungshandlung des die Situation voll überschauenden Hintermanns als für die Erfolgsherbeiführung geeignet anzusehen. Denn da der Vordermann der ihm angesonnenen Handlung ohne irgendwelche hemmenden Motive gegenübersteht, ist - ex ante gesehen - die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, daß er die Handlung auch ausführt.

Das Fehlen aktueller, hemmender Motive charakterisiert zwar auch die Situation beim vermeidbaren Verbotsirrtum<sup>2</sup>. War aber der Verbotsirrtum vermeidbar, dann hätte der Handelnde Gegenmotive entwickeln können und folglich auch müssen, was für die rechtliche Beurteilung naturgemäß von Bedeutung sein kann.

Es ist nach allem daher davon auszugehen, daß die Veranlassungshandlung des Hintermanns gegenüber dem in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befindlichen Vordermann die Eignung zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs bzw. der tatbestandsmäßigen Handlung besitzt. Der Hintermann ist somit Täter<sup>3</sup>.

b) Anders könnte die Situation dagegen zu beurteilen sein, wenn der Verbotsirrtum für den Vordermann vermeidbar war<sup>4</sup>. Auch in dieser Fallgestaltung fehlen

---

1. Dazu siehe oben S.291 ff.

2. Darauf hat Roxin, Täterschaft S.199 ff und Fschr. R.Lange S.178 ff zurecht hingewiesen.

3. So die ganz h.M.; N. siehe oben S.198 N.1.

4. Zu der Frage, wann dies der Fall ist, siehe z.B. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein S.193 ff, E.Horn, Verbotsirrtum S.55 ff und neuerdings BVerfG JZ 76, 91 ff; siehe auch Gimbernat-Ordeig, Fschr.Henkel S.163 ff und Roxin, Fschr.Henkel S.188.

dem Vordermann zwar jegliche hemmenden Motive. Auf der anderen Seite sieht das Gesetz die Situation aber so an, daß er Gegenmotive hätte entwickeln können und folglich auch sollen<sup>1</sup>. Es handelt sich insoweit bei der "Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums" um eine Art "Rechtsfahrlässigkeit"<sup>2</sup>.

Da die "Eignung" vom Standpunkt ex ante zu beurteilen ist<sup>3</sup> und weil bei der Eignungsprüfung auch die normativen Maßstäbe des Gesetzes zu berücksichtigen sind, ist im Fall des vermeidbaren Verbotsirrtums davon auszugehen, daß die Handlung des Hintermanns nicht geeignet ist, den tatbestandsmäßigen Erfolg bzw. die tatbestandsmäßige Handlung herbeizuführen; denn nach den gesetzlichen Wertvorstellungen hätte der Vordermann die Handlung trotz der Beeinflussung durch den Hintermann unterlassen müssen<sup>4</sup>.

Wenn Roxin insoweit ausführt, daß der über die Sozialwidrigkeit seines Tuns irrende, d.h. im Verbotsirrtum befindliche Vordermann "blind" handele, und wenn

- 
1. Vgl. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S.307, E.Horn, aaO S.55 ff, 150 f und Rudolphi, aaO S.193 ff.
  2. Vgl. auch Hardwig, ZStW 78,1 ff, Tiedemann, aaO S.337 N.5, Schmidhäuser, F Schr.H.Mayer S.321 ff; auch in diesem Bereich spielt der "Anlaß" eine große Rolle; dazu siehe z.B. E.Horn, aaO S.84, Roxin, F Schr.Henkel S.188, Gimbernat-Ordeig, F Schr.Henkel S.165 sowie Rudolphi, aaO S.206 ff, 217 ff und in SK §16,30 f je m.w.N; siehe auch Langer, GA 76,214 f.
  3. Siehe oben Teil II Kap.1 B.
  4. So z.B. Petters-Preisendanz, StGB §25,3c, Jescheck, AT S.508, Herzberg, JuS 74,374, Stratenwerth, AT Rn. 780 f und Bockelmann, AT S.183 f; generell ablehnend Welzel, Strafrecht S.103; mittelbare Täterschaft auch bei vermeidbarem Verbotsirrtum bejahend z.B. Maurach, AT S.641, Lackner, StGB §25,1b bb (gegen die Voraufll.), Schroeder, Täter S.126, Gallas, Gutachten S.134 und Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor §25,39; nicht ganz klar Wolter, Verurteilung S.242.



Roxin daher die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft des Hintermanns nur aber auch immer in diesem Umfang bejaht<sup>1</sup>, dann ist dies zwar vom Tatsächlichen her gesehen zutreffend. Gleichwohl erscheint die Abgrenzung Roxins unrichtig zu sein: auch der völlig unbeteiligte Dritte, der alles überblickt, besitzt ein mehr an "Wissen", nicht aber ein mehr an "Finalität". Roxin hätte lediglich auf die Steuerbarkeit ex ante unter Berücksichtigung der normativen Leitlinien des Gesetzes abstellen müssen, nicht aber auf die tatsächliche Seite der Situation allein. So erscheint auch der von Roxin gebildete Fall, in dem der Hintermann dem Vordermann, einem Ausländer, einredet, in Deutschland herrsche Linksverkehr<sup>2</sup>, nicht zutreffend gelöst zu sein. Denn wenn der Ausländer nicht aus irgendeinem Grund in besonderem Maß auf die Auskunft des Hintermanns vertrauen durfte (Problem der Garantenstellung des Auskunftgebers)<sup>3</sup>, besteht kein Grund, den Hintermann als mittelbaren Täter für die Fehlhandlung des Vordermanns haften zu lassen. Soweit davon auszugehen ist, daß der Vordermann Gegenmotive hätte entwickeln können, ist die "Eignung" des Verhaltens des Hintermanns zur Herbeiführung des incriminierten Tuns des Vordermanns daher zu verneinen. Denn es erscheint inkonsequent, dem Vordermann zu sagen, er hätte sich anders verhalten können und müssen, aber

---

1. Täterschaft S.199 und (3.Aufl.) 592 ff, ders., ZStW 84,1007 und Fschr.R.Lange S.178 ff.

2. Täterschaft S.200.

3. Dies Problem spielt bei den üblicherweise gebildeten Fälle eine in ihrer Bedeutung bisher nicht richtig erkannte Rolle; siehe z.B. den Fall einer Auskunft eines Syndikus bei Roxin, Fschr.R.Lange S.182.

gleichwohl die Eignung der Handlung des Hintermanns zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs bzw. der tatbestandsmäßigen Handlung zu bejahen<sup>1</sup>.

Wer jedoch die mittelbare Täterschaft über einen fahrlässig handelnden Vordermann bejaht<sup>2</sup>, dürfte - insoweit weist Roxin zurecht auf die Inkonsequenz der herrschenden Meinung hin<sup>3</sup> - wegen der strukturellen Gleichheit der Fälle an der Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft hinter einem in vermeidbarem Verbotsirrtum befindlichen Vordermann nicht zweifeln: in beiden Fällen hat der Vordermann (aktuell) keine Hemmungen, die ihm angesonnene Tat auszuführen, in beiden Fällen hätte er Gegenmotive lediglich haben können und deshalb auch sollen. In beiden Fällen ist daher entweder die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft einheitlich zu bejahen, weil es nur auf die tatsächliche Seite der Handlungssituation ankommt und eine Herrschaftsmöglichkeit des Hintermanns somit in beiden Konstellationen gegeben ist, oder aber einheitlich zu verneinen, weil im Hinblick auf die Verantwortungsstruktur des Gesetzes das Verhalten des Hintermanns nicht als geeignet angesehen werden kann, den tatbestandsmäßigen Erfolg bzw. die tatbestandsmäßige Handlung herbeizuführen, weil der Vordermann schon allein deshalb, weil er Gegenmotive hätte entwickeln können, die ihm angesonnene Handlung hätte unterlassen müssen.

- 
1. Diesem Standpunkt wirft Roxin, FschR.R.Lange S.180 N.32 eine "realitätsgelöste Normativierung" vor.
  2. Dazu siehe oben zu Zif.5 b.
  3. FschR.R.Lange S.178 ff.

10. Das über den "konkreten Handlungssinn"<sup>1</sup> irrende  
Werkzeug

a) A lauert an einem Wege, um B, wenn dieser um die Ecke kommt, zu erschießen. C gesellt sich zu A. Als er sieht, wie sich sein Todfeind D nähert, "überzeugt" C den A davon, daß es sich bei dem Passanten um B handele. A erschießt daraufhin D<sup>2</sup>.

Wenn der Hintermann im Vordermann wissentlich einen "error in persona" herbeiführt, handelt der Vordermann, da ihn dieser Irrtum nicht entlastet<sup>3</sup>, gleichwohl unrechstypisch im Sinn des jeweiligen Tatbestands: er ist folglich Täter<sup>4</sup>.

Zu prüfen bleibt, welche Stellung der für den Irrtum des Vordermanns verantwortliche Hintermann einnimmt.

Roxin billigt ihm eine Tatherrschaft vierter(!)

Stufe zu, während der über den "konkreten Handlungssinn" irrende Vordermann lediglich eine drittstufige Tatherrschaft innehat<sup>5</sup>. Auch der Hintermann sei daher - als Inhaber einer höherstufigen Tatherrschaft - Täter<sup>6</sup>.

- 
1. Dazu siehe Roxin, Täterschaft S.212 ff, (3.Aufl.) 594, ZStW 78,227 f, ZStW 80,727, ZStW 84,1007 und Fschr. R.Lange S.186 ff, Roxin-Schünemann-Haffke, Klausurenlehre S.96 f, Busse, Täterschaft S.343 f; kritisch dazu z.B. Herzberg, JuS 74,374 und JuS 76,41 sowie Schroeder, Täter S.162 ff je m.w.N.
  2. Fall nach Roxin, Täterschaft S.212.
  3. So die ganz h.L.; siehe z.B. Baumann, AT S.563 f, Stratenwerth, AT Rn.283, Wessels, AT S.48 f, Loewenheim, JuS 66,312, Roxin, aaO S.213 f und Schroeder, aaO S.146.
  4. Roxin, aaO S.213; auch Schroeder, aaO S.143 ff, 162 ff.
  5. Roxin, aaO S.213 f und Fschr. R.Lange S.190 ff.
  6. aaO S.214, ders., ZStW 80,727 und ZStW 84,1007, Busse, aaO S.343 f; ähnlich Blei, AT S.227; vgl. auch Sax, ZStW 69,434, Schroeder, aaO S.143 ff, Baumann, AT S.564 und Schmidhäuser, AT S.530 f; unklar Hiltenkamp, Vorsatzkonkretisierungen S.70, der Roxin global zustimmt, jedoch lediglich den "Dohna-Fall" (dazu unten) abhandelt.

Das Ergebnis erscheint in dieser Allgemeinheit jedoch unzutreffend. Täter kann der Hintermann nämlich nur dann sein, wenn sein eigenes Verhalten schon geeignet ist, den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Wenn aber den Hintermann sich darauf beschränkt, den Vordermann (fälschlich) zu überzeugen, eine bestimmte Person habe die vom Vordermann gesuchte Identität, dann ist dies Verhalten nicht erfolgsgeeignet im Sinn unserer früheren Ausführungen. Denn der Vordermann selbst ist nach wie vor Herr des Geschehens. Er bestimmt selbst, ob er den Dritten töten will oder nicht.

Wenn Roxin<sup>1</sup> dazu ausführt, daß der Vordermann in bezug auf die Verwechselung "blind" gehandelt habe, dann ist dies zwar zutreffend; diese Art von "Blindheit" ist jedoch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten irrelevant: der Vordermann wußte zumindest, daß er einen Menschen zu töten im Begriffe war. Mehr setzt aber das Gesetz an Wissen auch nicht voraus.

Daß die Tat - falls sie entsprechend dem Plan des Hintermanns ausgeführt wird - für den Vordermann sinnlos ist, vermag daran nichts zu ändern. Ob eine Handlung den ihr zugedachten Zweck erfüllt oder nicht, ist außerdem auch nicht entscheidend. Der Zweck der Handlung ist nur Motiv derselben und steht als solches außerhalb der unrechtsbezogenen strafrechtlichen Betrachtung<sup>2</sup>.

Relevant für die von der hier vertretenen Auffassung aus zu prüfende Frage, ob das Tun des Hintermanns selbst schon erfolgsgeeignet ist, ist lediglich die

---

1. Täterschaft S.214.

2. Vgl. auch Schroeder, aaO S.148, 162 ff, Hillenkamp, aaO S.36, Loewenheim, JuS 66,312, Jescheck, AT S. 232 und Roxin, ZStW 84,1008.

Wertung des Gesetzgebers, daß der Vordermann, der den Inhalt der "Anstifterhandlung" jedenfalls abstrakt kennt, also weiß, daß ein Mensch getötet werden soll, einer derartigen Aufforderung nicht Folge leisten darf. Es ist somit in der Regel davon auszugehen, daß der Handlung des Hintermanns die Erfolgseignung fehlt. Dieser ist daher nicht (mittelbarer) Täter, sondern lediglich Teilnehmer, genauer gesagt: Anstifter<sup>1</sup>.

Anders ist es dagegen, wenn es an einer Einflußnahme auf den Vordermann gänzlich fehlt und der Hintermann den "konkreten Handlungssinn" nur dadurch verfälscht, daß er dem fest zu einer bestimmten Tat entschlossenen Vordermann ein von diesem nicht ins Auge gefaßtes Opfer "unterschiebt"<sup>2</sup>. Das folgt jedoch entgegen Schroeder<sup>3</sup> nicht schon daraus, daß die "Benutzung eines Tatentschlossenen" ganz allgemein der Täterschaft zugeordnet werden könnte. Da die "Eignung" nicht lediglich auf die tatsächliche Seite eines Geschehens abstellt, sondern auch die Wertungen des Gesetzes mitberücksichtigt, erscheint es nämlich mehr als zweifelhaft, ob das Verhalten eines Vordermanns, der ein Verbrechen für den Fall des Eintritts einer bestimmten Bedingung ankündigt, als "bereichen- und darum beherrschbar"<sup>4</sup> angesehen werden kann.

- 
1. So z.B. auch Herzberg, JuS 74,375, Wessels, AT S.100, Schöнке-Schröder-Cramer, StGB vor §25,48b und jüngst auch Spendel, Fschr.R.Lange S.169 f; a.A. aber z.B. Baumann, AT S.564, Schmidhäuser, AT S.530 f, Roxin, Täterschaft S.212 ff und ZStW 84,1007; unklar Stratenwerth, AT Rn.782 ff, 834.
  2. So im "Dohna-Fall"; dazu siehe Roxin, Täterschaft S.212 ff und ZStW 78,227 f, Baumann, AT S.564, Sax, ZStW 69,434, Schroeder, aaO S.143 ff und Spendel, Fschr.R.Lange S.167 ff je m.w.N.
  3. aaO S.146 ff und 151 ff.
  4. aaO S.154.

Im Dohna-Fall ist der Vordermann vollverantwortlicher Täter, weshalb die "Eignung" der Handlung des Hintermanns zweifelhaft sein könnte. Es ist jedoch zu beachten, daß der Hintermann die Fehlvorstellung des Vordermanns nicht durch eine unmittelbare und falsche Information hervorruft, wobei es Sache des Vordermanns wäre, diese Information auf ihren Richtigkeitsgehalt hin zu überprüfen. Vielmehr enthält sich der Hintermann jeder direkten Einwirkung auf den Tatmittler und manövriert lediglich das Opfer in einen unabhängig vom Hintermann und vom Opfer ablaufenden Tatplan hinein, wobei das Opfer sich der Selbstgefährdung nicht bewußt ist und auch nicht bewußt sein kann<sup>1</sup>.

Dieser Fall, in dem allein eine Bestrafung des Hintermanns wegen Teilnahme an dem Delikt des Vordermanns zweifelhaft sein kann<sup>2</sup>, liegt schon strukturell anders als die sonstigen Fälle mittelbarer Täterschaft: denn der Hintermann lenkt nicht den Vordermann, er täuscht ihn auch nicht, sondern nutzt lediglich die Möglichkeit aus, daß sich der Vordermann über die Identität des Opfers täuschen könnte. Der Hintermann baut in seinen eigenen Tatplan einen Faktor ein, von dem er sicher ist, daß er eintreten wird, über dessen tatsächliches Eintreten er jedoch keine Herrschaft hat: der Mordplan des Vordermanns. Der Fall ähnelt in seiner Struktur somit einer Variante des Erbonkelfalls: der Neffe überredet den Onkel zum Flug, obwohl er weiß, daß Gangster gerade die für den Flug in Aussicht

- 
1. Dieser Gesichtspunkt wird auch von Schroeder, aaO S.148 und Otto, Fschr.Maurach S.99 f hervorgehoben; vgl. auch Spendel, Fschr.R.Lange S.168.
  2. Vgl. aber Roxin, Täterschaft S.212 ff.



genommene Maschine sprengen wollen<sup>1</sup>.

Daß ein Unterschied in der Art und Weise des Einwirkens auf die Handlungssituation vorliegt, wird auch von Roxin<sup>2</sup> gesehen. Er zieht jedoch entgegen der hier vertretenen Ansicht keinerlei Folgerung daraus. Es kommt aber entgegen der Ansicht von Roxin nicht darauf an, daß im ersten Fall der Hintermann möglicherweise mehr tun mußte, um zu seinem Ziel zu kommen, indem er sowohl eine Identitätstäuschung als auch den Tötungsentschluß hervorrufen mußte. Maßgeblich ist vielmehr allein die Tatsache, daß die Einwirkung des Hintermanns im ersten Fall auf einen als frei anzusehenden Vordermann erfolgt, der die Beeinflussung als eine solche erkennen könnte und von dem das Gesetz verlangt, daß er das Ansinnen des Hintermanns zurückweisen wird.

Obwohl die Differenzierung zwischen den beiden hier abgehandelten Fällen spitzfindig erscheinen mag, ist die Unterscheidung aufgrund der unterschiedlichen Handlungsstrukturen beider Fälle dennoch berechtigt: derjenige, der den Vordermann dadurch "ausmanövriert", daß er diesen selbst täuscht, geht das Risiko ein, daß der Vordermann die Sache durchschaut. Er muß aus diesem Grund eine Unsicherheit hinnehmen, die sich qualitativ von derjenigen eines Täters unterscheidet: er ist lediglich Teilnehmer. Wer dagegen lediglich das Opfer in einen fremden Tatplan hineinlenkt, weil er "eine verbrecherische Kraft wie einen Naturkau-

- 
1. Vgl. auch das Beispiel von Schmidhäuser, AT S.526 über das Eisenbahnattentat; siehe auch Welzel, Strafrecht S.111 und Spendel, Fschr.R.Lange S.168 f.
  2. ZStW 78,228.

lismus"<sup>1</sup> in Rechnung stellt, ist Täter<sup>2</sup>.

b) A lügt dem eifersüchtigen B vor, C habe mit der Frau des B Ehebruch getrieben, und rät ihm, C zu verprügeln, was dieser auch tut<sup>3</sup>.

Für diesen Fall einer Täuschung des Vordermanns über die "taterheblichen Handlungsvoraussetzungen"<sup>4</sup> nimmt Roxin ebenfalls eine viertstufige Tatherrschaft an, obwohl er nicht übersieht, daß das Gesetz die Erregung eines Irrtums ausdrücklich als Anstiftungsmittel gekennzeichnet hat<sup>5</sup>. Er prüft daher selbst den Einwand, es könne sich bei dieser Fallgruppe um einen rechtlich irrelevanten Motivirrtum handeln, definiert dann aber den Motivirrtum als die Fehlvorstellung, die sich nicht auf den "konkreten Handlungssinn" bezieht, und kommt schließlich zu dem Ergebnis, daß die Täuschung über den "konkreten Handlungssinn" mittelbare Täterschaft begründe<sup>6</sup>.

Diese Ansicht ist wiederholt auf Kritik gestoßen<sup>7</sup> und ist auch nicht haltbar. Ihre Unrichtigkeit wird

---

1. v.Buri, Causalität S.127.

2. So auch Welzel, Strafrecht S.111 und Schroeder, Täter S.146 ff; im Ergebnis auch Schmidhäuser, AT S.526, Sax, ZStW 69,434, Blei, AT S.227, Baumann, AT S.563 f, Spindel, Fschr.R.Lange S.168 f und Roxin, Täterschaft S.212 ff und ZStW 78,227 ff sowie ZStW 84,1007.

3. Fall nach Roxin, Täterschaft S.212.

4. Dazu siehe Roxin, aaO S.217 ff, aber auch Schroeder, aaO S.162 und D.Meyer, Kollusion S.1 je m.w.N. zu den sehr kontroversen Ansichten über die Beteiligungsformen in diesem Fall.

5. aaO S.217 ff.

6. aaO S.218; diese Ansicht hat Roxin in Fschr.R.Lange S.188 N.48 ausdrücklich aufgegeben, soweit der Handelnde nicht zugleich über qualifizierende Tatumstände getäuscht wird.

7. So z.B. Schroeder, aaO S.162 ff und Stratenwerth, AT Rn.786 f.

ohne weiteres offenbar, wenn man den von Roxin gebildeten Beispielsfall so abändert, daß A dem B wahrheitsgemäße Angaben über den Ehebruch des C mit der Frau des A macht<sup>1</sup>. In diesem Fall würde niemand auf die Idee kommen, A als mittelbaren Täter zu bezeichnen.

Es ist also zu untersuchen, ob und inwieweit die Abänderung des Falles Einfluß auf die Unrechtsstruktur und damit auf die Täterschaft der Beteiligten haben kann. Dabei erscheint es als sinnvoll, einen Vergleich zu der ähnlichen Situation bei der Erstattung einer Anzeige zu ziehen. Insoweit wurde oben dargelegt, daß in der Erstattung einer unrichtigen Anzeige dann ein Fall der mittelbaren Täterschaft zu sehen ist, wenn die Voraussetzungen für das Eingreifen der Polizei entweder ohnehin gegeben waren oder aber vom Anzeigerstatter selbst geschaffen wurden<sup>2</sup>. In dem Fall der Erstattung einer wahrheitsgemäßen Anzeige liegt aber - auch dies wurde schon ausgeführt<sup>3</sup> - der Struktur nach die gleiche Handlung vor wie bei der bewußten Falschanzeige: auch bei der wahrheitsgemäßen Anzeige ist der Anzeigende "mittelbarer Täter" einer Freiheitsberaubung, jedoch ist seine Handlung nicht rechtswidrig.

Auch in dem oben geschilderten Fall des Ehebruchs wird konsequenterweise die Handlungsstruktur selbst in Beziehung auf die Körperverletzung von der Wahrheit oder Falschheit des Berichts des A über den Ehebruch des C nicht berührt.

---

1. Darauf haben z.B. schon Schroeder, aaO S.163 und Herzberg, JuS 74,374 f aufmerksam gemacht.

2. Siehe oben S.258 ff.

3. Siehe oben S.260.

während aber die Eignung einer Strafanzeige für die spätere Freiheitsberaubung unter bestimmten Voraussetzungen zu bejahen ist, da die Polizei aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zum Eingreifen verpflichtet ist, ist die Eignung einer - wahren oder unrichtigen - Mitteilung über den Ehebruch für die Körperverletzung immer zu verneinen. Denn das Gesetz "mutet eben mündigen Menschen in bestimmten Grenzen zu, der motivierenden Kraft falscher (oder richtiger<sup>1</sup>) Vorstellungen zu widerstehen."<sup>2</sup>

Gerade weil Täterschaft und Tatbestandserfüllung gleichbedeutend sind, kann der Motivirrtum auch für die Täterschaft keinerlei Bedeutung haben<sup>3</sup>.

c) Auch beim "Irrtum über Qualifikationsvoraussetzungen" ist entgegen der Ansicht von Roxin<sup>4</sup> eine mittelbare Täterschaft zu verneinen. Wenn der Vordermann vorsätzlicher Täter eines Totschlags ist, dann kann eine noch so gemeine Gesinnung des Hintermanns diesen nicht zum Täter machen, da sein Beitrag für sich genommen als für den Tod des Opfers nicht geeignet angesehen werden muß<sup>5</sup>: der Vordermann hat nach den Wertungen des Gesetzes von der ihm angesonnenen Tat abzusehen.

---

1. Einschub des Verfassers.

2. Herzberg, JuS 74,375.

3. Herzberg, JuS 74,375.

4. Täterschaft S.213, 219 und FschR.R.Lange S.186 ff; ebenso z.B. auch Hardwig, GA 54,260.

5. Dabei könnte für Kriegswirren, aus denen das Beispiel Roxins stammt, möglicherweise etwas anderes angenommen werden, da - empirisch gesehen - die Tötungshemmung in Kriegszeiten zumindest dem "Feind" gegenüber weitgehend abgebaut wird. Ob deshalb für die von Roxin behandelten Fälle auch rechtlich etwas besonderes zu gelten habe, erscheint jedoch gleichwohl zweifelhaft.

d) A redet B wider besseres Wissen ein, bei dem wertvollen Kandinsky-Gemälde handele es sich um wertloses Geschmiere. B vernichtet daraufhin das Bild<sup>1</sup>.

Der Vordermann handelt unrechtstypisch im Sinn unserer früheren Ausführungen: er ist folglich Täter einer Sachbeschädigung<sup>2</sup>.

Zu prüfen ist, welche Position der Hintermann einnimmt. Roxin billigt ihm Tatherrschaft über den Vordermann zu, hält ihn also ebenfalls für den Täter der Sachbeschädigung. Denn "der Hintermann ist infolge des von ihm erregten Irrtums alleiniger Herr über die Verwirklichung eines sehr viel größeren tatbestandlichen Unrechts. Während der unmittelbar Handelnde ein Hunderstel oder auch nur ein Tausendstel des Schadens sehenden Auges unter seiner Herrschaft realisiert, fällt der gesamte übrige, viel erheblichere Teil der Tat allein dem Veranlassenden zur Last, und diese weit überwiegende Herrschaft macht ihn zum mittelbaren Täter."<sup>3</sup> Der Hintermann ist danach mittelbarer Täter, wenn "sein Herrschaftsanteil den des unmittelbar Handelnden überwiegt, wenn also der vom Hintermann zusätzlich herbeigeführte und allein von ihm gewollte und übersehende Schaden größer ist als der, den der unmittelbar Handelnde bewußt verwirklicht hat. Mit einem Wort: Der Schaden muß nach der Vorstellung des Hintermanns mehr als doppelt so groß sein, als es der Ausführende weiß."<sup>4</sup>

- 
1. Fall nach Herzberg, JuS 75,375; dazu siehe auch Roxin, F Schr.R.Lange S.184 ff.
  2. So auch Roxin, F Schr.R.Lange S.184; vgl. auch Herzberg, JuS 75,375.
  3. Roxin, F Schr.R.Lange S.184 f.
  4. Roxin, F Schr.R.Lange S.186.

Diese Argumentation ist jedoch nicht überzeugend. Abgesehen von der Strukturlosigkeit des Abgrenzungskriteriums spricht gegen die Auffassung Roxins ganz entscheidend, daß der Gesichtspunkt des "quantifizierten Unrechts" oder der "quantifizierten Schuld" bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme keine Rolle spielt. Bei dieser Frage kommt es nämlich lediglich darauf an, ob die tatbestandstypische Unrechthandlung begangen worden ist oder nicht bzw. wer dies getan hat. Wenn aber der Vordermann weiß, daß die ihm angesonnene Handlung eine (mit Strafe bedrohte) Sachbeschädigung darstellt, dann muß er die Handlung nach der Wertung des Gesetzes unterlassen, gleichgültig ob er den durch die Handlung verursachten Schaden für groß oder klein hält. Der Hintermann ist daher lediglich Anstifter: die Verantwortungsstruktur des Gesetzes verbietet es, ihn ebenfalls als Täter anzusehen.

#### 11. Das im "Risikoirrtum" befindliche Werkzeug

In dem Fall, in dem der Vordermann zwar rechtswidrig handelt, aber die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts aufgrund der "Einflüsterung" des Hintermanns für gering erachtet, während der Hintermann die hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts kennt, weist Roxin dem Hintermann die Stellung eines mittelbaren Täters zu<sup>1</sup>. Auch hier erscheint das von Roxin mit Hilfe des Kriteriums "Tatherrschaft" gefundene Ergebnis nicht als zweifelsfrei.

Um die Handlungsstruktur dieser Situation richtig

---

1. Täterschaft S.220 ff.



beleuchten zu können, seien die Elemente des Falles nochmals aufgezeigt: der Vordermann handelt (mindestens) bewußt fahrlässig<sup>1</sup>, d.h. er kennt die konkrete Möglichkeit des Erfolgseintritts; der Hintermann beschränkt sich darauf, den Vordermann zu der den Erfolg auslösenden Handlung zu bewegen, was ihm dadurch gelingt, daß er bewußt wahrheitswidrig das mit der Handlung verbundene Risiko als sehr gering darstellt und so die Bedenken des Vordermanns zerstreut.

Roxins Lösung baut auf folgenden Gedanken auf: Zunächst führt er zutreffend aus, der Risikoirrtum mindere den Schuldgehalt der Tat des Vordermanns<sup>2</sup>. Daraus wird dann abgeleitet, die Kenntnis schulderheblicher Umstände, die dem Handelnden verborgen bleiben, führe zur mittelbaren Täterschaft<sup>3</sup>. Damit wird also die "größere Schuld" des Hintermanns zum Täterkonstituens.

Wenn Roxin aber die mittelbare Täterschaft in dieser Weise bejaht, dann verläßt er den zutreffenden Ausgangspunkt seiner Untersuchungen, daß nämlich die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme im Unrechtsbereich zu suchen sei und nicht erst im Schuldbereich<sup>4</sup>. Damit erweist sich die Argumentation von Roxin zu dieser Beispielsgruppe als unzutreffend. Gleichwohl könnte jedoch das von Roxin postulierte Ergebnis richtig sein, könnte also der Hintermann als mittelbarer Täter einzustufen sein. Das würde voraus-

---

1. Wenn nicht sogar bedingt vorsätzlich; zur Abgrenzung siehe neuerdings wieder Haft, ZStW 88, 372 ff und 385 ff; w.N. zu diesem Problem siehe oben S.204 N.1.

2. aaO S.224.

3. aaO S.225.

4. Dazu siehe oben S.7 f m.N.

setzen, daß nicht nur Schuldunterschiede aufzuzeigen sind, sondern daß die Handlung des Hintermanns selbst schon geeignet war, die Handlung des Vordermanns und damit den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen.

Eine derartige "Eignung" ist jedoch nicht zu bejahen, denn der Vordermann kannte das Risiko der Handlung. Selbst wenn er aufgrund der "Einflüsterungen" des Hintermanns das Risiko zu gering veranschlagte, hätte allein diese Kenntnis ihn schon veranlassen müssen, die Handlung zu unterlassen. Das Gesetz verlangt doch nämlich ganz eindeutig, daß derart gefährdende Handlungen ohne Not nicht vorgenommen werden dürfen, auch wenn der Täter das Risiko für vergleichsweise gering hält: das Risiko des "gar-nichts-tuns" ist allemal geringer.

Insoweit ist die Situation in diesem Fall viel eindeutiger als diejenige beim unvorsätzlichen Werkzeug<sup>1</sup>; während die im letzteren Fall vertretene Auffassung überzogen erscheinen mag, dürfte die Lösung dieses Falles wohl kaum auf eine große Gegnerschaft stoßen: nur wenn der Vordermann das Risiko der nichtveränderten Handlungssituation für ebenso groß halten durfte bzw. sogar mußte, wenn also Gesichtspunkte der Güterabwägung, d.h. der Rechtfertigung, des "erlaubten Risikos"<sup>2</sup> ins Spiel kommen, die allerdings die Handlungsstruktur selbst nicht verändern<sup>3</sup>, darf sich der Vordermann über seine eigenen Bedenken hinwegsetzen; er bleibt dann aber "Täter", allerdings einer nicht

---

1. Dazu siehe oben Zif.5 b.

2. Dazu siehe oben S.28 ff und Teil II Kap.1 D.

3. Siehe oben S.260, 312.

rechtswidrigen Handlung.

Wo das nicht der Fall ist, soll nach den Wertungen des Gesetzgebers schon das Bewußtsein eines geringen Risikos den Handelnden von der beabsichtigten Handlung abhalten. Daher ist die Handlung des Hintermanns in dem hier diskutierten Fall einer Täuschung über das mit der Handlung verbundene Risiko zwar sittlich verwerflich, rechtlich jedoch - jedenfalls unter dem Aspekt einer Täterschaft - irrelevant. Es gibt keinen Rechtssatz, nach welchem der Vordermann auf die Auskunft des Hintermanns blindlings vertrauen durfte: der Vordermann muß die Risiken seiner Handlungen eigenverantwortlich prüfen. Der Vordermann mußte überdies die beabsichtigte Handlung auch dann unterlassen, wenn er die "Einflüsterungen" des Hintermanns für zutreffend hielt und folglich davon ausging, das mit der Handlung verbundene Risiko sei nicht allzu hoch.

In diesem Zusammenhang erscheint es erstaunlich, in welchem Umfang derartigen "Einflüsterungen" des jeweiligen Hintermanns Bedeutung zugemessen wird<sup>1</sup>. Da auch unzutreffende Tatsachen in aller Regel geäußert werden dürfen, ohne daß dies sofort strafrechtliche Sanktionen nach sich zieht, müßte doch zunächst dargelegt werden, warum im konkreten Einzelfall von dieser Regel abgewichen werden soll. Ohne eine "Vertrauensstellung" aufgrund "sozialer Nähe" oder aufgrund arbeitsteiliger Erledigung von Aufgaben<sup>2</sup>, ohne eine "Garantenstellung" für einen bestimmten sozialen Bereich besteht kein Grund, den Hintermann nur deshalb

---

1. Das Problem spielt eine Rolle in den Beispielsgruppen Nr. 4b, 5b, 7, 9, 10 und 11.  
2. Dazu siehe oben S.256 f.

Nunmehr ist diese Auffassung mit §26 StGB keinesfalls mehr vereinbar<sup>1</sup>. Der die tatherrschaftsbegründenden Umstände verkennende Hintermann kann daher wegen Anstiftung des Vordermanns nur dann bestraft werden, wenn letzterer vorsätzlich gehandelt hat.

Soweit durch die fehlende Möglichkeit einer Bestrafung des Hintermanns Strafbarkeitslücken entstehen bzw. die Strafwürdigkeit des Verhaltens des Hintermanns nicht hinreichend erfaßt werden kann, muß der Gesetzgeber Abhilfe schaffen; nicht aber darf das geltende Gesetz mit dem Ziel, diese Fälle befriedigend erfassen zu können, zurechtgebogen werden<sup>2</sup>.

Wenn also der Arzt der Krankenschwester eine Spritze übergibt<sup>3</sup> in der festen Überzeugung<sup>4</sup>, diese wisse, daß die Dosis tödlich wirken werde, während tatsächlich die Krankenschwester dies nicht erkennt, dann käme - wenn nicht die Möglichkeit bestünde, den Arzt wegen der Verletzung seiner Garantenstellung zu bestrafen - nur eine Haftung wegen versuchter Anstiftung in Frage.

Nur eine Bestrafung wegen versuchter Anstiftung<sup>5</sup> ist auch möglich, wenn man - entgegen der hier vertretenen

- 
1. So auch Roxin, JuS 73,335; für die Unwirksamkeit des §26 StGB und für den Standpunkt der Mindermeinung auch nach neuem Recht Schmidhäuser, AT (1.Aufl.; aufgegeben 2.Aufl. S.538ff, gleichwohl aber sehr kritisch S.549 ff) S.434; dagegen zutreffend Roxin, ZStW 83,398 ff und Täterschaft (3.Aufl.) S.552.
  2. Vgl. Herzberg, JuS 74,575 m.w.N.; auch Roxin, Kriminalpolitik S.20 f und Täterschaft (3.Aufl.) S.555 sowie Bockelmann, Fschr.Gallas S.261 ff.
  3. Siehe oben Beispielsgruppe 3 a.
  4. Sonst käme bedingter Vorsatz in Frage.
  5. So ganz allgemein Bockelmann, Untersuchungen S.96, Maurach, AT S.675 und Welzel, Strafrecht S.123; w.N. siehe bei Jescheck, AT S.510; siehe auch Roxin, Kriminalpolitik S.20 f N.46.

Hintermann durch eine Bestrafung wegen vollendeter Anstiftung nicht ungerecht belastet: er haftet für seine Handlung nur insoweit, als objektiver und subjektiver Tatbeitrag sich decken<sup>1</sup>.

Dabei ist allerdings eine Einschränkung angebracht: die Haftung wegen vollendeter Anstiftung setzt voraus, daß der Vordermann vorsätzlich gehandelt hat<sup>2</sup>. Auch soweit zum früher geltenden Recht teilweise vertreten wurde, daß die vollendete Teilnahme eine vorsätzliche Haupttat nicht voraussetze<sup>3</sup>, war diese Ansicht unrichtig: die Teilnahme an einem Delikt setzt nämlich zumindest eine deliktstypische Unrechtshandlung voraus. Der Vorsatz aber gehört mit zum tatbestandstypischen Unrecht<sup>4</sup>, so daß bei unvorsätzlicher Tat das tatbestandserforderliche Unrecht schon nicht gegeben ist. Zutreffend war daher die herrschende Lehre auch schon für den alten Rechtszustand vom Erfordernis einer Vorsatztat ausgegangen<sup>5</sup>.

- 
1. Im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, ebenso Roxin, Täterschaft S.264, Jescheck, AT S.510, Gallas, Gutachten S.139 f, Baumann, AT S.567, Stratenwerth, AT (1.Aufl.) Rn.1026, Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor §25,73 und Herzberg, JuS 74,575.
  2. In dieser Beziehung tauchen in den Beispielsgruppen 7 - 9 keine Probleme auf, da der Vordermann jeweils lediglich schuldlos bzw. mit verminderter Schuld, d.h. aber vorsätzlich handelt. In den Gruppen 10 (soweit dort mittelbare Täterschaft anerkannt wurde; siehe oben S.306 ff) und 12 erscheint ein Irrtum im hier angesprochenen Sinn ausgeschlossen.
  3. So besonders Franzheim, Teilnahme S.93, für "Pflichtdelikte" auch Roxin, aaO S.364 ff und Rudolphi, GA 70,360 ff; speziell für diese Fallkonstellation aber auch Roxin, aaO S.268.
  4. Siehe dazu oben Teil II Kap.2 C 2.
  5. So z.B. Gallas, Ftschr.Engisch S.600 ff, Herzberg, JuS 75,335, Stratenwerth, AT Rn.879 ff und Gerhardt, Abgrenzung S.25 je m.w.N.

Fall hätte der die tatherrschaftsbegründenden Umstände verkennende Hintermann zwar die Tatherrschaft, würde insoweit jedoch vorsatzlos handeln und könnte aus diesem Grund nicht als Täter des vollendeten Vorsatzdelikts bestraft werden.

Man kann auch entgegen der Ansicht von H.Mayer<sup>1</sup> mittelbare Täterschaft des Hintermanns nicht damit begründen, daß der Anstiftervorsatz den Tätervorsatz ja mitumfasse. Denn der Anstifter stellt sich vor, daß der Täter, also der Hintermann, die Tat eigenverantwortlich ausführt, während der Täter davon ausgeht, daß er selbst die Straftat begeht. Dieser Unterschied der Vorstellungen von Anstifter und Täter, in dem der zutreffende Kern der Lehre vom "animus auctoris" bzw. "animus socii" liegt, wird von H.Mayer völlig ignoriert. Der Anstiftervorsatz enthält nicht den Tätervorsatz, d.h. die Vorstellung, daß die eigene Handlung zum tatbestandsmäßigen Erfolg führen werde, sondern nur die Vorstellung, daß der in Aussicht genommene Täter vorsätzlich eine Handlung begehen werde, die ihrerseits tatbestandstypisch unrechtmäßig ist.

Von hier aus ist die Lösung der angeschnittenen Frage ohne weiteres erkennbar: das vom Hintermann objektiv begangene Unrecht ist das tattypische, d.h. das Unrecht des Täters; subjektiv liegt jedoch lediglich ein Anstiftervorsatz vor.

Da der objektive Unrechtsgehalt der Täterhandlung denjenigen einer Anstifterhandlung mitumfaßt, wird ein die herrschaftsbegründenden Tatumstände verkennender

---

1. Lehrbuch S.329.



der Tat, die die Eignung derselben zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs ausmachen, umfassen muß<sup>1</sup>.

Wenn der Hintermann Umstände, die die Eignung seines eigenen Tatbeitrags zur Herbeiführung des rechtlich mißbilligten Erfolgs begründen, nicht erkannt, d.h. nicht in seine Vorstellung von der auszuführenden Tat aufgenommen hat, dann handelt er somit insoweit nicht vorsätzlich im Sinn eines Tätervorsatzes<sup>2</sup>. Dies verkennen diejenigen Autoren, die die Kenntnis der "herrschaftsbegründenden" Umstände nicht zum Vorsatz rechnen<sup>3</sup>. Die Ansicht, der die herrschaftsbegründenden Umstände verkennende Hintermann sei als mittelbarer Täter zu bestrafen, ist mithin nicht haltbar: sie läßt den Hintermann für das volle Unrecht einer vollendeten Vorsatztat haften, obwohl das subjektiv verwirklichte Unrecht hinter dem objektiven zurückbleibt.

Wenn man die Tatherrschaft als objektiv-subjektiven Begriff auffaßt<sup>4</sup>, dann ist Roxin zuzustimmen, der ausführt, daß in diesen Fällen dem Hintermann die Tatherrschaft fehle<sup>5</sup>. Faßt man dagegen den Begriff der Tatherrschaft, um auch den Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte erfassen zu können, rein objektiv, dann ist das Unrecht einer Vorsatztat nur erfüllt, wenn der Vorsatz die Tatherrschaft mitumfaßt; in diesem

---

1. Siehe dazu oben S.204 ff, 210.

2. Siehe oben S.204 ff und 210.

3. So z.B. auch Roxin, aaO S.263, der zwar zum gleichen Ergebnis gelangt, dies jedoch nicht mit fehlendem Vorsatz begründet.

4. Siehe oben S.213 m.N.

5. aaO S.264.

## C Der Irrtum über Täter Voraussetzungen

### 1. Die Verkenntung "herrschaftsbegründender Umstände"<sup>1</sup>

Wenn der Hintermann die objektiv gegebenen Voraussetzungen der Tatherrschaft, der "Eignung" seines Verhaltens also zur Herbeiführung des rechtlich mißbilligten Erfolges bzw. der rechtlich mißbilligten Handlung, nicht erfaßt, was in nahezu allen der oben abgehandelten Beispielsgruppen möglich ist<sup>2</sup>, dann ergeben sich durch die mangelnde Kongruenz von objektiver und subjektiver Seite des Verbrechens verschiedene Lösungsmöglichkeiten: man kann den Hintermann als mittelbaren Täter qualifizieren, aber auch annehmen, seine Tat sei lediglich vollendete oder sogar nur versuchte Anstiftung. Alle diese Möglichkeiten sind auch erwogen worden<sup>3</sup>.

Bevor die Lösungsmöglichkeiten überprüft werden können, muß kurz wiederholt werden, was oben über die Täterschaft und damit auch über die mittelbare Täterschaft, die ja lediglich ein im tatsächlichen, nicht aber in der rechtlich bedeutsamen Handlungsstruktur besonders liegender Fall der Täterschaft ist<sup>4</sup>, ausgeführt wurde: das tattypische Unrecht der Vorsatzdelikte besteht aus objektiven und subjektiven Elementen, wobei das subjektive Element "Vorsatz" die objektiven Elemente

- 
1. Dazu siehe Roxin, Täterschaft S.261 ff, aber auch z.B. Maurach, AT S.674 ff, Jescheck, AT S.509 f, Schmidhäuser, AT S.427 f und Herzberg, JuS 74,574 ff.
  2. Siehe dazu Roxin, aaO S.261 ff, Schroeder, Täter S.169, Gallas, Gutachten S.139 und Maurach, AT S.674 ff.
  3. N. und Kritik bei Roxin, aaO S.262 ff; vgl. auch ders. Kriminalpolitik S.20 f und Bockelmann, F Schr.Gallas S.264.
  4. Siehe dazu oben S.238 ff.

"Machtapparat" mit einer Organisationsstruktur, wie Roxin sie voraussetzt, ist ex ante gesehen jeder Mordbefehl der vorweggenommene Todesstoß. Die große Zahl der "Werkzeuge" und die bedingungslose Unterordnung der Untergebenen unter die Befehlshierarchie führt dazu, daß schon die bloße Befehlsausgabe, ja schon das Ausgeben der "Richtlinien der Verbrechenspolitik" geeignet ist, daß die befohlenen verbrecherischen Handlungen begangen werden.

Täterschaft fügte Roxin eine neue hinzu: die "Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate"<sup>1</sup>.

Der Gedankengang Roxins ist dabei folgender: in einem derartigen "Machtapparat" kann der Organisationsgrad so hoch sein, daß jeder Befehl, gleichgültig welchen Inhalt er hat, ausgeführt wird; denn selbst wenn sich jemand weigert, die ihm angesonnene Tat auszuführen, so könne er sofort innerhalb der Organisation ausgewechselt werden, so daß die Tat dann doch ausgeführt werde. Aufgrund der Auswechselbarkeit der Vorderleute, der Fungibilität der Untergebenen, habe der in der Befehlshierarchie oben Stehende die Tatherrschaft über die befehlsgemäß ausgeführte Tat inne. Zwar sei auch der die Tat unmittelbar ausführende Vordermann "Tatherr"; da er jedoch nur ein "Rädchen im Getriebe" des Apparates sei, könne seine Tatherrschaft diejenige des Befehlenden nicht ausschließen<sup>2</sup>.

Dieser Ansicht Roxins, der sich bereits ein Teil der Lehre angeschlossen hat<sup>3</sup>, ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen. Gerade von den hier entwickelten Kriterien aus ergibt sich die Richtigkeit der These Roxins ohne weiteres: in einem

---

1. aaO S.242 ff, 601, 609 ff und (3.Aufl.) 596; siehe auch ders., GA 63,193 ff und F Schr.R.Lange S.193.

2. Täterschaft S.245.

3. So z.B. Busch, LK §47,48, Stratenwerth, AT Rn.791 f, Wessels, AT S.100, Herzberg, JuS 74,375; Schmidhäuser, AT S.526 ordnet diese Fälle der Gruppe "Freigabe des Opfers" unter; in der Begründung ähnelt seine Ansicht jedoch derjenigen von Roxin sehr stark;

a.A. aber z.B. Samson, SK §25,36 und Schroeder, Täter S.166 ff;

die subjektive Lehre hat auch mit dieser Beispielsgruppe naturgemäß keinerlei Schwierigkeiten; dazu siehe z.B. Baumann, AT S.556 f und NJW 63,561.

zu bestrafen, weil der Vordermann seinen "Einflüsterungen" vertraut hat. Sicherlich ist das Verhalten des Hintermanns sittlich verwerflich. Daß es auch strafrechtlich relevant ist, erscheint jedoch für den Regelfall äußerst zweifelhaft.

Wenn im Einzelfall der Vordermann dagegen auf die Richtigkeit der Auskunft des Hintermanns vertrauen durfte, ändert sich natürlich die Wertungsgrundlage: wer der bewußt falschen Auskunft eines Sachverständigen, ein Risiko sei mit der beabsichtigten Handlung nicht verbunden, weil z.B. die gefundene Bombe ein Blindgänger oder bereits entschärft sei, vertraut und sich entsprechend verhält, handelt im Bereich des erlaubten Risikos. Hier wird der Hintermann zum mittelbaren Täter, weil seine Auskunft geeignet war, den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Diese Eignung ergibt sich aber nicht schon wegen des erkennbaren Vertrauens des Vordermanns auf die Richtigkeit der Auskunft, sondern aufgrund der Tatsache, daß der Vordermann wegen der besonderen Stellung des Hintermanns auf die Richtigkeit von dessen Angaben auch vertrauen durfte<sup>1</sup>.

Im Regelfall ist jedoch eine über ein im "Risikoirrtum" befindliches Werkzeug vermittelte mittelbare Täterschaft nicht anzuerkennen.

## 12. Tatherrschaft kraft "organisatorischer Machtapparate"

Den schon früher bekannten Beispielsgruppen mittelbarer

---

1. Da das Beispiel von Roxin, Täterschaft S.220 Anklänge an diese Konstellation hat, ist es möglich, daß Roxin den Gesichtspunkt des Vertrauensgrundsatzes bereits mitberücksichtigt hat.

Ansicht - die Eignung der Handlung des Hintermanns zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs im Fall des vorsatzlos, jedoch fahrlässig handelnden Werkzeugs bejaht<sup>1</sup>: der nach seiner Vorstellung zum Totschlag anstiftende A weiß nicht, daß der Aufgeforderte den gemeinsamen Feind für ein Stück Wild hält<sup>2</sup>.

Neben der Bestrafung wegen Anstiftung zum vorsätzlichen Delikts haftet der Hintermann, falls er die objektiv gegebene Eignung seines Verhaltens zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs oder der tatbestandsmäßigen Handlung hätte erkennen könne, seine Ver-  
kennung der tatherrschaftsbegründenden Umstände also auf Fahrlässigkeit beruht, wegen des - tateinheitlich erfüllten - im Rahmen der Vorsatztat nicht erfaßten überschießenden objektiven Unrechts nach den Grundsätzen der Fahrlässigkeitsdelikte.

## 2. Die irrtümliche Annahme tatherrschaftsbegründender Umstände<sup>3</sup>

In der Situation, in der der Hintermann von der

- 
1. Dazu siehe oben Beispielsgruppe B 5 b.
  2. Dazu siehe oben S.274 ff, 178 ff; für die Ansicht der h.L. spricht dabei allerdings, daß sie der "Strafwürdigkeit" des Verhaltens des Hintermanns ohne weiteres gerecht wird; vgl. auch Herzberg, JuS 74, 575 f und Bockelmann, AT S.187.
  3. Dazu siehe Roxin, Täterschaft S.270 ff, Schroeder, Täter S.169 ff, Gallas, Gutachten S.139, Nowakowski, JZ 56,549, Maurach, AT S.675, Jescheck, AT S.510, Herzberg, JuS 74,574 ff und Samson, SK §25,38; die subjektive Theorie nimmt, da der Hintermann mittelbarer Täter werden wollte und jeder "das bekommt, was ihm zusteht", vollendete mittelbare Täterschaft des Hintermanns an; so z.B. Baumann, AT S. 566 f und JuS 63,97, Kotsalis, Täterschaft S.62 f und Schönke-Schröder-Cramer, StGB vor §25,72.



"Eignung" seines Verhaltens ausgeht, während diese Handlung tatsächlich - z.B. weil der Vordermann den Plan durchschaut hat, entgegen der Annahme des Hintermanns steuerungsfähig ist etc. - nicht geeignet ist, den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen, ist ebenfalls das Problem zu lösen, wie die Beteiligung des Hintermanns strafrechtlich zu werten ist.

Auch in diesen Fällen sind objektiver und subjektiver Tatbeitrag nicht kongruent. Während bei den soeben untersuchten Fällen der Verkenennung tatherrschaftsbegründender Umstände der Struktur nach eine Fahrlässigkeitstat gegeben war, weil die objektive Seite der Tat weiter reichte als die subjektive Seite der Handlung, liegt bei irrtümlicher Annahme tatherrschaftsbegründender Umstände der Handlungsstruktur nach eine Versuchssituation vor: das Verhalten des Hintermanns ist objektiv nicht geeignet, den strafbedrohten Erfolg herbeizuführen, jedoch geht der Handelnde von der Vorstellung aus, seine Tat habe die erforderliche Erfolgs eignung. Mit anderen Worten: das subjektive Unrecht reicht weiter als das objektiv verwirklichte.

Wie bei der Gruppe "Verkenennung tatherrschaftsbegründender Umstände" der volle Unrechtsgehalt des Verhaltens des Hintermanns nur dadurch erfaßt werden kann, daß das überschießende objektiv verwirklichte Unrecht neben der Vorsatztat gesondert gewertet wurde, so ist auch bei der irrtümlichen Annahme solcher Umstände eine zweifache Wertung am Platz:

a) Der Hintermann hat objektiv gesehen keine Handlung begangen, die geeignet war, den tatbestandsmäßigen Erfolg nach sich zu ziehen. Sein Verhalten kann folglich

nicht die Täterstrafe nach sich ziehen.

Der volle objektive Unrechtsgehalt seines Verhaltens wird aber auch erfaßt durch die Bestrafung des Hintermanns wegen vollendeter Anstiftung<sup>1</sup>. In Beziehung auf die subjektive Seite der Tat geschieht dem Hintermann durch die Wertung seines Verhaltens als vollendete Anstiftung dabei kein Unrecht: denn es bestehen "keine Bedenken dagegen, den Anstiftervorsatz als ein minus im Tätervorsatz mitenthalten zu sehen."<sup>2</sup>

Selbstverständlich kommt aber auch in diesen Fällen eine Bestrafung wegen vollendeter Anstiftung nur dann in Betracht, wenn der Vordermann vorsätzlich gehandelt und auch im übrigen das deliktstypische Unrecht der Tat voll verwirklicht hat, er also z.B. mit Zueignungsabsicht etc. gehandelt hat<sup>3</sup>.

Das überschießende subjektive Unrecht wird - vorausgesetzt, daß der Versuch strafbedroht ist - erfaßt durch eine tateinheitliche Bestrafung des Hintermanns wegen einer versuchten Tat<sup>4</sup>.

Wenn Roxin in diesen Fällen die Möglichkeit einer Versuchsbestrafung verneint, weil zum einen ein Anfang täterschaftlicher Ausführung nicht vorliege und zum anderen die Annahme von Tatumständen, nicht aber auch die Annahme sonstiger Täter- oder Teilnehmerkriterien strafbegründend wirke<sup>5</sup>, dann kann diese

---

1. So z.B. Roxin, Täterschaft S.271 ff, Jescheck, AT S. 510, Blei, AT S.230, Schmidhäuser, AT S.530 und Herzberg, JuS 74,575 je m.w.N.

2. Gallas, Gutachten S.139; siehe auch Schmidhäuser, AT S.530, Herzberg, JuS 74,575 und Jescheck, AT S.510; im Ergebnis, nicht aber auch in der Begründung ebenso Roxin, aaO S.272.

3. Diese Einschränkung nacht z.B. auch Herzberg, JuS 74,575.

4. Vgl. Blei, AT S.230.

5. aaO S.273.

Begründung nicht überzeugen. Zum einen muß ein Anfang der Ausführung - unabhängig davon, welche Kriterien dabei als maßgeblich angesehen werden - immer dann vorliegen, wenn die Tat wie geplant durchgeführt worden ist, wie es in dieser Beispielsgruppe regelmäßig der Fall sein wird. Der Hintermann entgeht der Täterstrafe ja nur deshalb, weil das objektiv verwirklichte Unrecht der Tat ihm nicht (direkt) zugerechnet werden kann, weil der Vordermann den ihm als "Werkzeug" zugeordneten Tatbeitrag als Täter ausführt. Ganz klar wird dies im Fall des Anschlusses einer Höllenmaschine an die Lichtleitung. Wenn dabei jemand den Hintermann beobachtet hat und nun die Höllenmaschine vorsätzlich zündet, kann dies nichts daran ändern, daß der heimliche Anschluß der Maschine an den Lichtschalter schon einen Anfang der Ausführungshandlung beinhaltet. Aber auch die zweite These Roxins ist nicht haltbar. Roxin geht dabei offenbar davon aus, daß man zwischen (normalen) Tatumständen und Täter- bzw. Teilnahme-kriterien unterscheiden könne. Dies aber ist unzutreffend: Täterschaft ist immer gegeben, wenn das deliktstypische Unrecht verwirklicht wird, was ex ante zu beurteilen ist<sup>1</sup>.

Es gibt keine Kriterien, die zusätzlich erfüllt sein müßten, damit Täterstrafe verhängt werden kann<sup>2</sup>. Gerade in dieser Beispielsgruppe wird deutlich, daß die Unterscheidung von Tatumständen und sonstigen Täter- bzw. Teilnahme-kriterien unzutreffend ist: der Irrtum des Hintermanns betrifft ja nicht primär seine

---

1. Dazu siehe oben Teil II Kap.1 und 2.

2. Siehe oben S.238 ff.

Täter- oder Teilnehmerposition, sondern die Eignung seiner Handlung zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs, d.h. die zum Erfolg hinführende Kausalkette. Erst aus der Verkettung dieser Tatumstände "schließt" der Hintermann irrtümlich auf seine Täter- bzw. Teilnehmerposition. Dieser Irrtum ist jedoch bedingt durch den Irrtum über Tatumstände.

Entgegen der Ansicht von Roxin begeht daher der Hintermann, der irrtümlich tatherrschaftsbegründende Umstände annahmte, einen Versuch in mittelbarer Täterschaft, wobei je nach den konkreten Umständen des Falles ein tauglicher oder aber ein untauglicher Versuch<sup>1</sup> anzunehmen ist: seine Handlung ist zwar objektiv nicht geeignet, den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen, bzw. der eingetretene Erfolg beruht nicht auf seiner Handlung wie z.B. im oben angeführten Fall des Anschlusses einer Höllenmaschine an eine Lichtleitung; der Hintermann geht jedoch subjektiv davon aus, daß sein Verhalten erfolgsg geeignet im oben dargelegten Sinn ist. Das aber reicht zur Bestrafung wegen eines Versuchs - falls dieser strafbedroht ist - aus<sup>2</sup>.

---

1. Dazu siehe oben Teil II Kap.2 E.

2. So z.B. auch Maurach, AT S.675, Herzberg, JuS 74, 575 und Schmidhäuser, AT S.53o.

## D Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich nunmehr sagen, daß Anstiftung das vorsätzliche Bestimmen eines anderen zu der von diesem zu begehenden vorsätzlichen Straftat ist. Bestimmen bedeutet das Hervorrufen eines Tatentschlusses in dem in Aussicht genommenen Täter. Die Mittel, deren der Anstifter sich bedient, um seinen Zweck zu erreichen, sind beliebig.

Nicht Anstiftung, sondern (mittelbare) Täterschaft liegt jedoch vor, wenn die "Bestimmungshandlung" selbst schon geeignet ist, den tatbestandsmäßigen Erfolg bzw. die unrechtstypische Handlung herbeizuführen. Ob dies der Fall ist, ist ex ante zu beurteilen nach den im zweiten Teil dieser Untersuchung bzw. den in diesem Kapitel dargelegten Kriterien.

### Kapitel 3            Die Abgrenzung von Mittäterschaft                          und Beihilfe

#### A     Mittäterschaft (I)

Mittäterschaft<sup>1</sup> liegt vor, wenn mehrere Personen eine Tat gemeinschaftlich ausführen (§25 II StGB). Voraussetzung und Abgrenzung der Mittäterschaft sind jedoch umstritten.

Einigkeit dürfte über den Kernbereich der Mittäterschaft bestehen: sie liegt immer vor, wenn die Tat überhaupt erst durch die "arbeitsteilige" Begehungsweise ermöglicht worden ist<sup>2</sup>.

Mittäterschaft ist insoweit keine "Sonderform der Alleintäterschaft"<sup>3</sup>, sondern eine eigenständige Form der Beteiligung. Daher sind auch alle Ansichten abzulehnen, die die Mittäterschaft als wechselseitige mittelbare Täterschaft charakterisieren<sup>4</sup>. Denn der mittelbare Täter "beherrscht" die gesamte Tat dadurch,

- 
1. Dazu siehe z.B. Roxin, Täterschaft S.275 ff, Jescheck, AT S.512 ff, Schmidhäuser, AT S.504 ff, Stratenwerth, AT Rn.909 ff und Herzberg, JuS 75,35 ff je unter ausführlicher Darstellung abweichender Ansichten; siehe auch Armin Kaufmann, Dogmatik S.189, Busse, Täterschaft S.77 ff und Schilling, Verbrechenversuch S.59 ff und 104 ff.
  2. Vgl. z.B. Roxin, aaO S.277 ff, Jescheck, AT S.516 f, Schmidhäuser, AT S.504, 507 ff, Maurach, AT S.659, Welzel, Strafrecht S.107 und Samson, SK §25,43.
  3. Welzel, ZStW 58,549; a.A. neuerdings aber Schilling, aaO S.104 ff; dagegen siehe Roxin, aaO (3.Aufl.) S.597 N.201.
  4. So z.B. Lange, Täterbegriff S.55, Sax, ZStW 69,434 ff; w.N. bei Roxin, aaO S.276 und Schroeder, Täter S.100 ff.



daß er seinerseits den Vordermann beherrscht, der die Tat allein "ausführt". Bei Mittätern ist eine Beherrschung des jeweils anderen Beteiligten nicht gegeben; denn würde ein Beteiligter den anderen in dem Sinn der Ausführungen im vorigen Kapitel "beherrschen", dann läge nicht Mittäterschaft, sondern (mittelbare) Täterschaft des Inhabers der Tatherrschaft vor.

Mittäterschaft dagegen ist charakterisiert dadurch, daß "jeder einzelne im Zusammenwirken mit den anderen das Gesamtgeschehen beherrscht"<sup>1</sup>, daß jeder "Mit-Täter am Ganzen"<sup>2</sup> ist, daß mit anderen Worten die "vollständige Herrschaft in der Hand mehrerer"<sup>3</sup> liegt, wobei allerdings anzumerken ist, daß auch in diesem Bereich die Bestimmung der Tatbeteiligung des einzelnen nicht nur ex post möglich sein muß, sondern daß es erforderlich ist, daß sie auch ex ante vorgenommen werden kann<sup>4</sup>. Es kommt daher - entgegen den angeführten Zitaten - wie bei der Alleintäterschaft nicht maßgeblich auf die aktuelle (gehabte) Tatherrschaft, sondern auf die potentielle, ex ante erkennbare Beherrschung der Tat an. Dies wird zwar nie ausdrücklich festgestellt, der Sache nach wird jedoch auch von der herrschenden Meinung nach dem Standpunkt ex ante abgegrenzt: denn es wird immer betont, daß im Fall der Mittäterschaft Grund und Grenze der Zurechnung der wechselseitigen Tatbeiträge der gemeinsame, nicht notwendig ausdrückliche Tatentschluß sei<sup>5</sup>. Wo aber auf den Tatentschluß

---

1. Roxin, aaO S.277.

2. Welzel, ZStW 58,550.

3. Roxin, aaO S.277.

4. Zu den Gründen siehe oben Teil I Kap.2 und Teil II.

5. So z.B. Stratenwerth, AT Rn.812, Schmidhäuser, AT S. 506, Jescheck, AT S.515, Baumann, AT S.546, Maurach, AT S.648, Roxin, aaO S.285 und Herzberg, JuS 74,720 f.

abgestellt wird, wird der Sache nach ein Standpunkt ex ante eingenommen.

Es darf jedoch bei der Bestimmung der Beteiligungsform nicht allein auf den Tatplan abgestellt werden. Insbesondere ist der Täterwille, auf den die subjektive Theorie abstellt<sup>1</sup> auch in diesem Bereich nicht das maßgebliche Kriterium. Zwar kommt dem Täterwillen hier größere Bedeutung zu, da der "gemeinsame Tatentschluß" die Grenze der wechselseitigen Zurechnung bildet. Es ist jedoch nicht auf den "Willen zur eigenen Tat", sondern auf den objektivierbaren bzw. schon objektivierten Tatplan abzustellen. Entscheidend muß also das objektive Geschehen bleiben, das auf seine "Eignung" zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs bzw. der tatbestandsmäßigen Handlung zu überprüfen ist. Maßgeblich zur Bestimmung der Mittäterschaft sind folglich die gleichen Kriterien, die auch bei der Feststellung der Alleintäterschaft die entscheidende Rolle spielen: immer kommt es letztlich darauf an, wessen Handlung das deliktstypische Unrecht erfüllt bzw. erfüllen wird<sup>2</sup>.

War aber bei der Alleintäterschaft die Handlung des Täters allein geeignet, das tattypische Unrecht herbeizuführen, so ist die "Eignung" im Fall der Mittäterschaft nur gegeben, wenn auf die Tatbeiträge aller Mittäter abgestellt wird.

Da Mittäterschaft Täterschaft ist, kommt als Mittäter nur in Frage, wer "tauglicher Täter" ist<sup>3</sup>. Bei den

---

1. Siehe dazu oben S.37 ff und 215 ff.

2. Dazu siehe oben Teil II Kap.1 und 2.

3. Vgl. z.B. Bockelmann, AT S.179, Jescheck, AT S.514 und Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,53.

Sonderdelikten kann also nur derjenige Mittäter sein, der aufgrund seiner spezifischen Stellung gegenüber dem geschützten Rechtsgut bzw. dem Rechtsgutsobjekt allein in der Lage ist, das deliktstypische Unrecht herbeizuführen<sup>1</sup>. Bei den eigenhändigen Delikten ist Mittäterschaft demnach ausgeschlossen<sup>2</sup>.

Mittäterschaft liegt nach allem immer vor, wenn die Beteiligten gemeinsam eine Tat planen und ausführen, bei der sie gemeinsam handeln müssen, wenn der Plan verwirklicht werden soll. Von Mittätern kann also jeder einzelne, indem er seinen eigenen Tatbeitrag nicht leistet, den Gesamtplan zunichte machen in der Weise, daß die ursprüngliche Tat nicht mehr ausgeführt werden kann<sup>3</sup>. Wer bei einem Bankraub die Bankangestellten mit der Pistole in Schach halten soll, ist auf den Komplizen, der das Geld in die Koffer packen soll, ebenso angewiesen wie dieser auf ihn<sup>4</sup>. Die Tatbeiträge von Mittätern greifen ineinander aufgrund einer ausdrücklich oder konkludent vereinbarten Rollenverteilung<sup>5</sup>. Jedem Tatbeitrag kommt im Rahmen des Tatplans eine selbständige, unerläßliche Funktion zu<sup>6</sup>, jeder Mittäter hat eine "funktionelle, tätigkeitsbedingte Tatherrschaft über die Gesamttat."<sup>7</sup>

- 
1. Allgem.M.; siehe z.B. Baumann, AT S.550, Jescheck, AT S.514, Dreher, StGB §25,6 und Wagner, Amtsverbrechen S.375 ff; siehe auch oben Teil II Kap.2 D.
  2. Allgem.M.; siehe z.B. Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,54 und Schmidhäuser, AT S.402.
  3. Dazu siehe eingehend Roxin, Täterschaft S.278.
  4. Beispiel nach Roxin, aaO S.278.
  5. Vgl. Roxin, aaO S.280 und Schilling, Verbrechensversuch S.105 f.
  6. Dazu siehe Roxin, aaO S.280; vgl. auch Salamon, Beihilfe S.123.
  7. Roxin, aaO S.280; gegen die Annahme einer in den Händen des Kollektivs der Mittäter liegenden Tatherrschaft aber Schilling, aaO S.67 ff und 73 f m.w.N.

Ob dem Tatbeitrag eines Beteiligten eine solche Funktion zukommt, ist allerdings nicht erst ex post zu beurteilen - z.B.: der an unwichtigem Platz Schmiere stehende "Anlernling" der Bande muß unvorhergesehen wegen drohender Entdeckungsgefahr eingreifen und wird damit zum wichtigsten Mann des Geschehens<sup>1</sup> - sondern ex ante<sup>2</sup>. Nur derjenige, dem der gemeinsame Tatent-schluß einen Tatbeitrag zuweist, der nach objektiven Gesichtspunkten im Rahmen des Gesamtplans für die auszuführende Tat und damit für das deliktstypische Unrecht derselben unerläßlich ist, ist Mittäter.

Schließlich ist noch eine Einschränkung zu machen: die hier beschriebene "funktionelle Tatherrschaft" setzt voraus, daß ein Tatbeitrag im "Ausführungssta-dium der Tat" geleistet wird<sup>3</sup>, daß also eine - noch so unerläßliche - Vorbereitungshandlung die hier behan-delte Mittäterschaft nicht begründen kann<sup>4</sup>.

---

1. Vgl. Roxin, aaO S.282 f.

2. Dies stellt auch Roxin, aaO S.282 f nicht deutlich genug heraus.

3. So z.B. Roxin, aaO S.280, 292 ff; zustimmend z.B. Jescheck, AT S.517, Gimbernat-Ordeig, ZStW 80,931 ff, Herzberg, JuS 74,722 und JuS 75,36, Schmidhäuser, AT S.510, Stratenwerth, AT Rn.825 und Samson, SK §25,47; a.A. die subjektive Theorie; z.B. Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,51, Baumann, JuS 63,86 f, Busch, LK §47,21 und Dreher, StGB §25,7; aber auch Welzel, Strafrecht S.110.

4. Eingehend dazu Roxin, aaO S.275 ff; dazu siehe aber unten Text zu C.

## B Beihilfe

Bevor nunmehr die Beihilfe in ihren Voraussetzungen dargelegt werden soll, müssen zunächst einige der gebräuchlichen Abgrenzungskriterien auf ihre Brauchbarkeit zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, speziell der Beihilfe überprüft werden.

1. Abgrenzungskriterium kann nicht die Kausalität der Beihilfe für den Erfolg der Straftat sein, und zwar aus zwei Gründen:

a) Schon bei der "primären" Zurechnung, d.h. der Wertung eines Verhaltens als rechtswidrig im Sinn einer rechtswidrigen Täterhandlung, kam es nicht in erster Linie darauf an, eine kausale Verknüpfung zwischen Handlung und Erfolg festzustellen. Diese Verknüpfung ist zwar von großer Bedeutung für die Frage, ob ein strafbares rechtswidriges Verhalten vorliegt, ob der Handelnde also für seine Handlung auch haftet, nicht aber für das Problem, ob überhaupt ein rechtswidriges Verhalten gegeben ist. Letzteres ist ex ante, d.h. vor Eintritt des Erfolgs, anhand der oben dargelegten Kriterien festzustellen<sup>1</sup>.

Auch bei der Beihilfe kann dies nicht anders sein: ob irgendeine Handlung Beihilfecharakter hat, muß ex ante feststellbar sein, wenn das Recht "Verhaltensanleitung" für den Normunterworfenen sein soll; denn auch derjenige, der jemandem bei irgendeinem Vorhaben beistehen will, muß vorher wissen können, ob die beabsichtigte Handlung

---

1. Dazu siehe oben Teil II Kap.1.

als Beihilfe zu einer strafbaren Handlung zu werten ist oder nicht<sup>1</sup>. Muß aber der Beihilfecharakter einer Handlung ex ante feststellbar sein, dann muß diese Feststellung auch unabhängig von und vor einem - wie immer zu definierenden<sup>2</sup> - Erfolg dieser Tätigkeit möglich sein. Kausalität mag somit zwar möglicherweise - ähnlich wie bei der Täterschaft - auch bei der Beihilfe ein Kriterium der Abgrenzung von strafbarem und straflosem Verhalten sein. Keinesfalls aber ist Kausalität der Beihilfehandlung für den Erfolg eine Voraussetzung der Beihilfehandlung selbst.

Das in der Literatur in jüngster Zeit vieldiskutierte Problem der "Kausalität der Beihilfe"<sup>3</sup> betrifft denn auch gar nicht die Voraussetzungen der Beihilfehandlung, sondern vielmehr das Problem der Abgrenzung einer straflosen (versuchten) von einer strafbaren (vollendeten) Beihilfe<sup>4</sup>. Die Feststellung der Kausalität ex post hat somit - wenn überhaupt - lediglich die Funktion, die sie auch bei der Alleintäterschaft hat:

- 
1. Zu den Gründen der Notwendigkeit einer Bestimmung der Rechtswidrigkeit ex ante siehe oben Teil I Kap.2.
  2. Dazu siehe neuerdings wieder Herzberg, GA 71,4 ff.
  3. Eine solche halten erforderlichlich z.B. Busse, Täterschaft S.111 ff, Seebald, GA 69,208 f, Schönke-Schröder-Cramer, StGB §27,10, Class, Fschr.Stock S.123, Kretschmer, Teilnahme S.75 ff, Schmidhäuser, AT S.569 f, Kohlrausch-Lange, StGB §49,III 1, Dreher, MDR 72,556 und Samson, Kausalverläufe S.197 ff sowie Fschr.Peters S.123 ff; vgl. auch Busch, LK §49,2 ff und Jescheck, AT S.526; gegen die h.L. z.B. Wegner, AT S.237, Sauer, Strafrechtslehre S.223, v.Weber, Grundriß S.72, Salamon, Beihilfe S.118 f, Schaffstein, Fschr.Honig S.179 ff, Herzberg, GA 71,5 und Vogler, Fschr.Heinitz S.305 ff.
  4. Vgl. auch Samson, Kausalverläufe S.56 ff und Fschr. Peters S.132, 135, Seebald, GA 69,209 und Busse, aaO S.112.



bei (sekundär) rechtswidrigen Verhaltensweisen<sup>1</sup> soll - wenn das Verhalten auch noch schuldhaft ist - die Rechtsfolge "Strafe" nicht immer ohne weiteres eintreten, sondern nur dann, wenn die Verhaltensweise für einen rechtlich mißbilligten Erfolg kausal geworden ist<sup>2</sup>.

Wenn Samson<sup>3</sup> demgegenüber ausführt, die Kausalität der Beihilfe sei "unverzichtbares Element wenigstens des Gehilfenvorsatzes", dann benutzt er den Begriff "Kausalität" in doppeltem Sinn, nämlich einmal als feststellbare und reale Kausalität<sup>4</sup>, zum anderen aber als zukünftige und lediglich vorausgesehene Wirksamkeit. Daß der Gehilfe von der (späteren) Wirksamkeit seiner Beihilfehandlung überzeugt sein muß, diese Wirksamkeit also in seinen Vorsatz aufgenommen haben muß, sagt aber noch nichts darüber aus, ob eine Beihilfehandlung als solche erst dann vorliegt, wenn sie für den tatbestandsmäßigen Erfolg ursächlich geworden ist<sup>5</sup>. Denn auch die Täterhandlung ist schon vor dem Erfolgseintritt feststellbar<sup>6</sup>, zu einem Zeitpunkt also, in welchem die Kausalität zwar schon Vorsatzgegenstand, nicht aber aktuell eingetretene Wirklichkeit ist. Samsons Argument für eine Berücksichtigung der Kausalität schon bei den Voraussetzungen der Beihilfehandlung ist somit nicht zwingend.

Schon vor dem Eintritt eines Erfolges, ex ante also,

---

1. Dazu siehe auch oben S.222 f.

2. Siehe dazu oben Teil II Kap.1 A.

3. F Schr. Peters S.123, 13o u.a.

4. So im tatsächlichen Teil seiner Untersuchungen.

a.A. offenbar Samson, aaO S.123 und 13o.

6. Siehe dazu oben Teil II Kap.1 und 2.

muß geklärt werden können, ob eine bestimmte Handlung Beihilfecharakter haben wird. Diese Frage ist logisch vorrangig gegenüber derjenigen, welche Beihilfehandlungen Strafe nach sich ziehen<sup>1</sup>. Somit ist das Problem der "Kausalität der Beihilfe"<sup>2</sup> in seiner Struktur demjenigen des "Unrechtsgehalts des Erfolgs" ähnlich<sup>3</sup>. Die sachlichen Voraussetzungen einer Beihilfehandlung können durch die Diskussion über die Notwendigkeit einer "Kausalität der Beihilfe" jedoch nicht geklärt werden.

b) Die Kausalität der Beihilfe für den Erfolg könnte aber auch dann kein brauchbares Abgrenzungskriterium von Täter- und Beihilfehandlung sein, wenn sie - entgegen der hier vertretenen Ansicht<sup>4</sup> - Kriterium der Rechtswidrigkeit der Handlung des Täters wäre: wäre nämlich die Kausalität Kriterium gleichermaßen für die Täter- wie auch für die Beihilfehandlung<sup>5</sup>, dann hätten Täterschaft und Teilnahme den gleichen Unrechtsgehalt<sup>6</sup>. Folglich wäre eine Abgrenzung zwischen diesen Beteiligungsformen im Bereich des Unrechts nicht mehr möglich, so daß die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme im Bereich des Subjektiven gesucht werden müßte, eine Konsequenz, die schon oben als unhaltbar abgelehnt wurde<sup>7</sup>.

- 
1. Zur entsprechenden Situation bei der Alleintäterschaft siehe oben S.48 ff.
  2. Kritisch zu den zu diesem Thema entwickelten Ansichten Samson, Kausalverläufe S.61 ff und Fschr.Peters S.123 ff sowie Kretschmar, Teilnahme S.75 ff.
  3. Siehe dazu oben Teil II Kap. 1 A.
  4. Siehe dazu oben Teil I Kap.2 und Teil II Kap.1 und 2.
  5. Dies war der Ausgangspunkt der Äquivalenztheorie; dazu siehe oben S.37 f m.N.
  6. Vgl. auch Otto, Fschr.R.Lange S.203.
  7. Siehe oben S.7 ff sowie 40 f; auch S.225.

2. In jüngster Zeit ist von Schaffstein und Salamon eine Theorie zum objektiven Tatbestand der Beihilfe entwickelt worden, die auf die Kausalität als Zurechnungskriterium verzichtet<sup>1</sup>. Auch diese Theorie beschäftigt sich zwar in erster Linie mit der Abgrenzung der versuchten (straflosen) von der vollendeten (strafbaren) Beihilfe und nicht mit derjenigen der Täterschaft einerseits von der Beihilfe sowie rechtlich neutralen Handlungen andererseits. Gleichwohl ist das Zurechnungskriterium dieser Lehre auf seine Brauchbarkeit zur Abgrenzung zu untersuchen.

Sowohl Schaffstein als auch Salamon nehmen strafbare Beihilfe dann an, wenn der Gehilfenbeitrag die Tat "chancenreicher" gemacht hat, d.h. das Risiko für das durch die Haupttat angegriffene Rechtsgut erhöht hat<sup>2</sup>: strafbare Beihilfe liege vor, wenn bei Betrachtung der Situation ex ante die Tat möglicherweise nur mit Hilfe des Tatbeitrags des "Gehilfen" durchführbar erscheine<sup>3</sup>.

Gegen diese Ansicht sind Bedenken geltend gemacht worden, auf die nicht näher eingegangen werden soll, weil sie nicht die Voraussetzungen einer Beihilfehandlung -

---

1. Schaffstein, Fschr.Honig S.169 ff und Salamon, Beihilfe S.135 ff; dagegen z.B. Jescheck, AT S.526 f und Schönke-Schröder-Cramer, StGB §27,10.

2. Schaffstein, aaO S.179 ff und Salamon, aaO S.135 ff, beide im Anschluß an die von Roxin, ZStW 74,411 ff und Fschr.Honig S.133 ff und E.A.Wolff, Kausalität S.20 ff entwickelte Lehre von der "Risikoerhöhung"; dazu siehe oben S.114 f. Während aber Roxin die Kausalität ausdrücklich als primäres Zurechnungskriterium bejaht (N.oben S.114), verzichten Schaffstein und Salamon völlig auf die Kausalität als Zurechnungsvoraussetzung. Dazu kritisch Samson, Kausalverläufe S.71 ff und Fschr.Peters S.125 f, Busse, Täterschaft S.112 N.4 und Vogler, Fschr.Heinitz S.305 N.63.

3. Schaffstein, aaO S.179 ff und Salamon, aaO S.150 ff.

damit die Abgrenzung von der Täterschaft einerseits und der rechtlich neutralen Handlung andererseits - sondern die Möglichkeit einer Abgrenzung von versuchter und vollendeter Beihilfe anhand der von diesen Autoren entwickelten Kriterien betreffen<sup>1</sup>. Im Rahmen dieser Untersuchung muß ein anderes Argument im Vordergrund stehen: eine Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe ist nach dem Kriterium der durch die Beihilfehandlung bewirkten Risikoerhöhung nur dann möglich, wenn unter diesem Begriff in Bezug auf die Voraussetzungen einer Beihilfehandlung etwas anderes verstanden wird als bei der Täterhandlung. Wenn nämlich der Begriff der "Risikoerhöhung", der seinem Inhalt nach demjenigen der "Eignung" nahesteht<sup>2</sup>, bei Täter- und Gehilfenhandlung den gleichen Inhalt hätte, hätte das zur Folge, daß eine Unterscheidung der beiden Beteiligungsformen im Unrechtsbereich nicht möglich wäre und die Abgrenzungskriterien folglich im Bereich der Schuld, im (Nur-)Subjektiven, zu suchen wären. Dies würde aber der allgemein geteilten Ansicht widersprechen, daß sich Täterschaft und Teilnahme schon im Unrechtsbereich unterscheiden<sup>3</sup>.

Sowohl Schaffstein als auch Salamon stellen zwar darauf ab, daß die Gehilfenhandlung lediglich die Chancen für eine erfolgreiche "Haupttat" erhöhen müsse<sup>4</sup>, so daß man davon ausgehen könnte, daß der Begriff der Risiko-

---

1. Dazu siehe z.B. Samson, Kausalverläufe S.71 ff und Fschr.Peters S.125 f, Herzberg, GA 71,7 f, Dreher, MDR 72,555 f, Vogler, Fschr.Heinitz S.307 f und Kretschmar, Teilnahme S.78 f.

2. Siehe dazu oben S.113 ff.

3. Siehe oben S.7 f; vgl. auch oben Teil III Kap.1 B.

4. Salamon, aaO S.140 f und Schaffstein, aaO S.179 f; so wohl auch Otto, Grundkurs S.269.

erhöhung hier in der Tat einen anderen Inhalt zugewiesen bekam als bei der Täterschaft. Gerade auf diese inhaltlichen Unterscheidungsmöglichkeiten gehen beide Autoren jedoch überhaupt nicht ein - möglicherweise deshalb, weil diese Fragestellung für ihre Untersuchung nicht direkt thematisch war. So erfährt man nur, daß Haupt- und Gehilfentat danach unterschieden werden, daß der Täter die Tatherrschaft, der Gehilfe diese dagegen nicht besitze<sup>1</sup>. Damit aber führt diese Ansicht bezüglich der Möglichkeit einer Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nicht über die Tatherrschaftslehre hinaus.

Gerade wenn Roxins Theorie von der "Risikoerhöhung", die ja im Bereich der Alleintäterschaft entwickelt worden ist<sup>2</sup>, auf die Beihilfe umgemünzt wird, hätte man jedoch erwarten können, daß die Frage geklärt wird, ob die durch den Gehilfen verursachte Risikoerhöhung inhaltsgleich ist oder zumindest sein kann mit der durch den Täter verursachten Gefahrsteigerung. Darauf wird zurückzukommen sein.

3. Auch die Ansicht Herzbergs, der die Beihilfe als "abstraktes Gefährdungsdelikt"<sup>3</sup> charakterisiert, führt im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter. Zum einen deshalb, weil Herzberg den Begriff "Hilfeleisten" nicht definiert und seine Ausführungen daher letztlich nur klarstellen, was Beihilfe nicht beinhaltet, nicht

---

1. Siehe Salamon, aaO S.123 und 136.

2. Siehe oben S.114 f; gegen Schaffstein auch z.B. Dreher, MDR 72,555 ff.

3. GA 71,1 ff; gegen Herzbergs Ansicht haben sich ausgesprochen z.B. Jescheck, AT S.526, Schönke-Schröder-Cramer, StGB §27,8 und 10 sowie Kretschmar, Teilnahme S.77 f.

aber, was unter "Hilfeleisten" positiv zu verstehen ist<sup>1</sup>.

Zum anderen ist aber die These von Herzberg durchaus nicht ohne weitere Überprüfung zu akzeptieren: es ist ja ohne weiteres denkbar, daß - ähnlich wie bei der Täterschaft - die Beihilfe als erste Voraussetzung zwar lediglich eine hilfeleistende Handlung erfordert, daß die endgültige Zurechnung einer solchen Teilnahme-handlung gleichwohl nur erfolgt, wenn sie zu einem Erfolg geführt hat, wenn sie also kausal für den Erfolg geworden ist.

4. Der Ansatz von Samson kann ebenfalls für diese Untersuchung nicht weiterführen. Obwohl Samsons grundsätzliches Anliegen, die Zurechnungskriterien von neuen Grundlagen aus zu überdenken und neu zu entwickeln, nur gebilligt werden kann, führt seine These nicht zur Lösung der maßgeblichen Probleme, sondern im Gegenteil lediglich zu den Ergebnissen der subjektiven Teilnahmelehre zurück. Wenn er nämlich als erstes und wichtigstes Zurechnungskriterium die Kausalität hinstellt und das "Intensivierungsprinzip" sowie das "Übernahmeprinzip"<sup>2</sup> Zurechnungskriterien sowohl der Täterschaft als auch der Beihilfe sein sollen, dann bleibt letztlich offen, wie Samson Täterschaft und Teilnahme überhaupt unterscheiden will<sup>3</sup>. Denn, so

---

1. Kritisch dazu auch Samson, F Schr. Peters S.126 f und Kausalverläufe S.81 ff und Vogler, F Schr. Heinitz S.301.

2. Dazu siehe eingehend Samson, Kausalverläufe S.96 ff, 125 ff, 163 ff und 169 ff sowie F Schr. Peters S.132 ff.

3. Vgl. den Fall Kausalverläufe S.166, in dem von Samsons Prämissen aus auch Täterschaft angenommen werden könnte.



scharfsinnig auch die Ausführungen Samsons zum Erfordernis der Kausalität als Zurechnungskriterium sein mögen: in dem Augenblick, in dem Kausalität, Intensivierungs- und Übernahmeprinzip<sup>1</sup> Voraussetzung sowohl der Täter- als auch der Beihilfehandlung sind, muß zur Abgrenzung zwischen den Beteiligungsformen ein neues Kriterium eingeführt werden, das - da die objektive Seite der Handlungen der genannten Beteiligten angeblich gleich sein können - nur im Bereich des Subjektiven gefunden werden könnte.

Samson selbst vermeidet diese Konsequenz, indem er zwischen Haupttat und Gehilfenbeitrag sprachlich unterscheidet. Er gibt jedoch nicht an, nach welchen Kriterien eine Abgrenzung zwischen diesen Beteiligungsformen erfolgen kann. Lediglich einmal geht er näher auf das Problem zu, begnügt sich dann jedoch mit dem Satz: "Die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe ist jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit."<sup>2</sup>

Wenn nach Ansicht Samsons aber die objektive Seite von Täter- und Teilnahmehandlung gleichermaßen konstituiert wird durch Kausalität, Intensivierungs- und Übernahmeprinzip, dann sind die Beiträge der Tatbeteiligten im Bereich des Objektiven ununterscheidbar. Damit aber wird jede Unterscheidung - wie die subjektive Teilnahmelehre beweist<sup>3</sup> - letztlich beliebig<sup>4</sup>.

5. Die bisher erörterten, zur Abgrenzung von versuchter und vollendeter Beihilfe entwickelten Ansichten sind

---

1. Siehe oben S.345 N.2.

2. Kausalverläufe S.165.

3. Dazu siehe oben S.38 ff m.N.

4. Kritisch zu Samsons Lösung der Beihilfeproblematik auch Stratenwerth, ZStW 87, 942 ff.

somit zur Unterscheidung von Täterschaft und Beihilfe bzw. von Beihilfe und rechtlich neutraler Handlung ungeeignet.

Zu untersuchen bleibt, ob das auch für den Ansatz von Vogler gilt<sup>1</sup>. Vogler geht von der zutreffenden Erkenntnis aus, daß die Zurechnungskriterien von Täterschaft und Teilnahme nicht notwendig die gleichen sein müssen<sup>2</sup> und verändert deshalb für die Beihilfe das von ihm im Anschluß an Roxin<sup>3</sup> für die Alleintäterschaft verwendete Kriterium der "Risikoerhöhung": "Der Natur der Beihilfe als Unterstützungshandlung fremder Tat entspricht als objektives Kriterium die Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos im Sinn einer objektiven Bezweckbarkeit des Rechtsgutsangriffs durch den Täter. Die entscheidende Frage geht also dahin, ob der Gehilfenbeitrag in dem Sinn gefährlich ist, daß er den Rechtsgutsangriff durch den Täter bezweckt."<sup>4</sup> Es komme somit auf die "ernst zu nehmende Aussicht an, daß der Rechtsgutsangriff verwirklicht wird"<sup>5</sup>, wobei das Gefahurteil sich nicht auf die Herbeiführung des Erfolgs der Tat, sondern lediglich auf die Tatausführung selbst, auf die "generelle Eignung der Mitwirkung für die Rechtsgutsverletzung durch die Haupttat" bezogen werden müsse, da der Teilnehmer das rechtsgutsverletzende Geschehen nicht selbst beherrsche, sondern der Täter den Rechtsgutsangriff führe<sup>6</sup>.

---

1. F Schr. Heinitz S. 295 ff.

2. aaO S. 308.

3. So z.B. F Schr. Honig S. 137; w.N. oben S. 114 f.

4. Vogler, F Schr. Heinitz S. 309.

5. Vogler, aaO S. 309.

6. Vogler, aaO S. 311, 309.

Gegen Voglers Theorie hat Samson zutreffend eingewendet, nach diesen Kriterien sei "Beihilfe schon nach dem beendeten Versuch nicht mehr möglich, da dann keine Tatausführung mehr zu erwarten ist, die wahrscheinlicher gemacht werden könnte."<sup>1</sup> Diesem Argument ist nichts hinzuzufügen.

6. Es fragt sich jedoch, ob Voglers Ansatz nicht dennoch richtig ist. Zur Überprüfung dieser Frage muß in aller Kürze auf frühere Ausführungen erneut eingegangen werden:

Wenn jemand eine Handlung ausführt, die geeignet ist, das tatbestandstypische Unrecht eines Delikts zu erfüllen, dann ist er - ohne jede weitere Voraussetzung - Täter<sup>1</sup>. Weder Anstifter noch Gehilfe handeln unrechtstypisch im Sinn des jeweiligen Tatbestands<sup>2</sup>. Wer dem Totschläger das Messer übergibt, ist zwar ursächlich für den späteren Tod des Opfers, seine Handlung war jedoch - abgesehen von den Ausnahmen, die zur mittelbaren Täterschaft führen<sup>3</sup> - ex ante gesehen nicht geeignet, den Todeserfolg herbeizuführen. Denn das Gesetz, dem die für die Beurteilung maßgeblichen Wertungen zu entnehmen sind, sieht den Täter als frei gegenüber der Handlung des Gehilfen an: die Verknüpfung von Gehilfenhandlung und Erfolg ist unter Zugrundelegung der gesetzlichen Wertung nicht eine wahrscheinliche, sondern eine unwahrscheinliche. Eine derartige Verknüpfung reicht jedoch als Unrechtshandlung im Sinn des jeweiligen Tatbestands nicht aus.

---

1. Siehe dazu oben Teil II Kap.3 sowie S.224 ff.

2. Dazu siehe oben Teil III Kap.1 B und 2.

3. Siehe dazu oben Teil III Kap.2.

Die Handlung des Gehilfen ist von den Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs nicht erfaßt. Sie ist nicht "primär-rechtswidrig" wie die Täterhandlung, sondern - wenn man von der Verknüpfung mit der Täterhandlung einmal absieht - in aller Regel rechtskonform. Ob das Übergeben eines Messers rechtswidrig oder rechtmäßig ist, läßt sich nach allem nur im Hinblick auf den Zweck feststellen, den der Empfänger desselben nach Auffassung des Übergebenden damit verfolgen wird. Dies gilt für alle Beihilfehandlungen, ob es sich nun um den Verkauf von Gift, das Überlassen einer Axt oder eines Skalpells oder aber um den Transport einer Leiter handelt: unterschiedlich ist lediglich der Grad der Gefährlichkeit des Mittels und damit umgekehrt proportional zusammenhängend der Grad der erforderlichen Aufmerksamkeit, Wachsamkeit u.a. des "Hintermanns". Auch hier spielt der Vertrauensgrundsatz eine für die Beurteilung der Handlung maßgebliche Rolle.

Damit ist nunmehr ein Kriterium jeder Beihilfehandlung gefunden: die Art der Beihilfehandlung ist im Gegensatz zur Täterhandlung, die durch das Erfordernis der Eignung zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs bzw. der tatbestandsmäßigen Handlung schon im Bereich des Tatsächlichen relativ festgelegt ist, im Hinblick auf ein zu schützendes Rechtsgut in keiner Weise festgelegt: als Beihilfehandlung kommt theoretisch jede Handlung in Betracht, die nicht geeignet ist, das tatbestandstypische Unrecht herbeizuführen<sup>1</sup>,

---

1. Siehe zu dieser "negativen Voraussetzung" auch Roxin, Täterschaft S.268: Teilnahme als Mitwirkung ohne Tatherrschaft; vgl. auch Grünwald, GA 59,117.

jede Handlung also, die nicht schon Täterhandlung ist.

Damit erhält die Beihilfehandlung ihre Kontur erst aus ihrer Beziehung auf die Täterhandlung. Insoweit muß ex ante feststellbar sein, ob eine beabsichtigte Handlung Beihilfecharakter hat - und damit "sekundär-rechtswidrig" ist. Ob eine Handlung Beihilfehandlung ist, muß mit anderen Worten feststellbar sein, bevor die Handlung zu einem Erfolg führen kann<sup>1</sup>. Auf die "Kausalität der Beihilfe" kann daher - wie oben schon ausgeführt - nicht abgestellt werden, wo es um die Voraussetzungen der Beihilfehandlung selbst geht.

Ist aber die Beziehung auf eine Haupttat das einzige Kriterium, das alle Beihilfehandlungen aufweisen, dann erscheinen die Ausführungen des Reichsgerichts<sup>2</sup> als zutreffend, wonach Beihilfe alles sei, was die "Förderung der Haupttat" bezwecke. Beihilfehandlungen sind somit solche, die die durch die Haupttat zu verursachende oder schon verursachte Rechtsgutsverletzung ermöglichen, verstärken oder dem Täter die Durchführung der Tat lediglich erleichtern<sup>3</sup>. Nicht erforderlich ist jedoch, daß die Haupttat durch den Gehilfenbeitrag chancenreicher geworden wäre<sup>4</sup> oder daß der Gehilfe eine Handlung ausführt, die der Täter notfalls nicht auch

---

1. Siehe dazu oben S.338 ff.

2. Nachweise dazu bei Salamon, Beihilfe S.34 ff und Samson, Kausalverläufe S.55 ff; daß diese Rechtsprechung zum Kausalitätserfordernis der Beihilfe erging, ist unter diesem Aspekt ohne Auswirkungen.

3. Vgl. Samson, Ftschr.Peters S.135, Busse, Täterschaft S.96 f und Dreher, MDR 72,556.

4. So aber Salamon, aaO S.140 ff und Schaffstein, Ftschr. Honig S.179 ff; siehe dazu auch oben S.342 ff.

allein hätte ausführen können<sup>1</sup>, sondern lediglich, daß sich der Gehilfe aktiv - also nicht nur durch eine rein subjektive Billigung der Tat - mit dem Täter solidarisiert<sup>2</sup>.

Die Beihilfe ist, da es allein auf eine sehr weit gefaßte Förderung der Haupttat ankommt, somit der allgemeine, umfassende Teilnahmetatbestand, d.h. er umfaßt eigentlich auch die Anstiftung: die Bestimmung über die Anstiftung ist nach allem die lex specialis gegenüber dem Beihilfetatbestand<sup>3</sup>.

Da die Handlung des Gehilfen nie den deliktstypischen Unrechtsgehalt der Haupttat erfüllt, kann es für die Strafbarkeit des Gehilfen nicht darauf ankommen, daß der Förderer eines Sonderdelikts ebenfalls "Subjektqualität" hat<sup>4</sup>: das Unrecht der Haupttat wird erfüllt durch den Täter. Der Gehilfe fördert dieses Unrecht der Haupttat lediglich, so daß seine Stellung zu diesem Unrecht immer gleich ist: das Erfordernis der "Sondersubjektqualität"<sup>5</sup> bezieht sich eben nur auf das Unrecht der Haupttat, nicht aber auf den Beitrag des Teilnehmers. Dieser fördert mit seinem Verhalten in jedem Fall "tatbestandstypisches Unrecht".

- 
1. So aber Schaffstein, F Schr.Honig S.182; gegen diesen siehe z.B. Samson, F Schr.Peters S.125, Vogler, F Schr.Heinitz S.307 f und Herzberg, GA 71,7 f.
  2. Diesen Gesichtspunkt stellt Vogler, F Schr.Heinitz S.309 in den Vordergrund; Zweifel daran äußert aber z.B. Schaffstein, F Schr.Honig S.182.
  3. So auch Gallas, JZ 60,687 N.64, Baumann, JuS 63,125 f und Busse, Täterschaft S.95.
  4. So aber Schmidhäuser, AT (1.Aufl.; aufgegeben in der 2.Aufl. S.546) S.438; siehe auch Spandel, F Schr.R. Lange S.155 f; w.N. bei Langer, Sonderverbrechen S.130 ff; eingehend dagegen z.B. Roxin, ZStW 83,397 f, Jescheck, AT S.520 f, Samson, SK vor §26,16, Herzberg, JuS 75,576 N.2 und Wagner, Amtsverbrechen S.78.
  5. Siehe dazu oben Teil II Kap.2 D.



Ob eine Beihilfehandlung - den entsprechenden Vorsatz vorausgesetzt - bestraft werden kann, hängt schließlich davon ab, ob die endgültige Zurechnung im Fall der Beihilfe schon an die Vornahme der Beihilfehandlung selbst geknüpft ist oder ob darüberhinaus ein "Erfolg" dieser Handlung eingetreten sein muß. Es kommt mit anderen Worten darauf an, ob die Gehilfenhandlung kausal für die Rechtsgutsverletzung geworden sein muß. Dazu war oben ausgeführt worden, daß sich die primäre und die endgültige Zurechnung einer Täterhandlung gerade in diesem Kausalitätserfordernis der letzteren unterscheiden<sup>1</sup>. Für die Beihilfehandlung könnte nach allem ähnliches gelten. Da diese Frage das Thema dieser Untersuchung nicht unmittelbar berührt und da zu diesem Problem eine reichhaltige Literatur entstanden ist, auf die verwiesen werden kann<sup>2</sup>, kann diese Frage hier wohl ausgeklammert werden.

Festzuhalten bleibt lediglich, daß Beihilfehandlungen nicht solche sein können, die die Voraussetzung einer Täterhandlung erfüllen: jede Handlung, die geeignet ist, das tatbestandstypische Unrecht bzw. die tatbestandstypische Handlung herbeizuführen, ist Täterhandlung, nicht aber der Tatbeitrag eines Gehilfen<sup>3</sup>.

Weiter ist Voraussetzung jeder Beihilfehandlung, daß sie auf Förderung oder Erleichterung einer Haupttat gerichtet und vom Vorsatz einer entsprechenden Förderung getragen ist. Das bedeutet, daß der Vorsatz alle objektiven Umstände umfassen muß, aus welchen

---

1. Dazu siehe oben Teil II Kap.1 A.

2. Nachweise dazu siehe oben S.339 N.3.

3. Siehe dazu oben Teil II und Teil III Kap.2.

sich die "Nicht-Eignung" der eigenen Handlung ergibt; auch insoweit jedoch reicht ein "Mitbewußtsein" aus<sup>1</sup>.

Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe ist folglich nicht nach subjektiven Momenten vorzunehmen - schon gar nicht nach rein voluntativen oder inner-psychischen Kriterien - sondern sie erfolgt nach objektiven Gesichtspunkten, wobei als "Objekt der Wertung" allerdings auch subjektive Elemente wie z.B. der Vorsatz oder andere subjektive Unrechtselemente<sup>2</sup> bedeutsam sind. Keine Rolle spielt dagegen, ob und in welchem Grad sich ein Handelnder gefühlsmäßig mit seiner Handlung identifiziert, indem er selbst die Tat als "eigene" oder als "fremde" empfindet.

---

1. Dazu siehe oben S.211 und 300 N.6.

2. Dazu siehe oben Teil II Kap.2 C.

## C Mittäterschaft (II)

Eingangs dieses Kapitels wurde Mittäterschaft als "funktionale Tatherrschaft im Ausführungsstadium" der Tat umschrieben. An dieser Stelle ist - unter der Voraussetzung, daß überhaupt an dem jeweiligen Delikt Mittäterschaft möglich ist<sup>1</sup> - abschließend zu untersuchen, ob es neben der Mittäterschaft im engeren Sinn noch eine weitere Form gibt, sozusagen eine "Mittäterschaft im weiteren Sinn", die die oben dargelegten Kriterien nicht erfüllt<sup>2</sup>.

In diesem Fall hätte die Vorschrift des §25 II StGB eine strafbegründende Funktion, indem sie Anstiftungs- oder Beihilfehandlungen unter den in ihr genannten Voraussetzungen der Täterstrafe unterstellt. Eine solche strafbegründende Funktion ist der Mittäterschaft auch von seiten der Tatherrschaftslehre - die subjektive Teilnahmelehre hat in dieser Hinsicht naturgemäß nie eine Schwierigkeit gesehen<sup>3</sup> - in aller Regel zugeschrieben worden: so sollen bei gemeinsamem Tatentschluß auch die Mitwirkung bei Vorbereitungs- handlungen oder sonstige Teilnehmerbeiträge zur Mittäterschaft führen<sup>4</sup>. In jüngster Zeit haben einige Vertreter der Tatherrschaftslehre sogar ausdrücklich ausgeführt, daß die Mittäterschaft die Funktion habe,

---

1. Dazu siehe oben S.335 f.

2. Dazu siehe oben Teil III Kap.3 A.

3. Siehe z.B. Baumann, AT S.546 ff, Dreher, StGB §25,7, Busch, LK §47,2o f und Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,44 ff je m.w.N. aus der Rechtsprechung.

4. So z.B. Bockelmann, Untersuchungen S.101 N.54 und AT S.178 f sowie Stratenwerth, AT Rn.825.

den Beteiligten, der nach seinem Tatanteil lediglich als Teilnehmer bestraft werden könnte, durch Zurechnung fremder Tatanteile als Täter zu bestrafen<sup>1</sup>. Nach der Ansicht von Herzberg<sup>2</sup> wäre §25 II StGB sogar überflüssig, wenn er nur den oben beschriebenen Bereich der Mittäterschaft erfassen würde, nicht aber auch Fälle, in denen der Handelnde die Tatherrschaft nicht hat.

Ob §25 II StGB im Sinn der oben dargelegten Mittäterschaft im engeren Sinn<sup>3</sup> oder aber erweiternd ausgelegt werden muß<sup>4</sup>, ist letztlich eine Frage der Wertung. Diese Wertungsprobleme selbst sind unvermeidbar. Denn selbst wenn man allein auf die "funktionelle Tatherrschaft" abstellen und somit nur eine Mittäterschaft im engeren Sinn anerkennen würde, blieben Abgrenzungsprobleme, da der von Roxin geprägte Begriff zwar als Richtlinie von großem Wert ist, jedoch letztlich ebenfalls keinen eindeutigen Maßstab liefert, nach welchem eine völlig exakte Zuordnung möglich wäre.

Der Weg, diese Wertung mit Hilfe eines im Bedarfsfall zu dekretierenden Täterwillens auszufüllen, ist nicht

---

1. So z.B. Busse, Täterschaft S.80, Gimbernath-Ordeig, ZStW 80,932 ff, Herzberg, JuS 74,719, 722 und Welzel, Strafrecht S.110.

2. JuS 74,719, 720.

3. Dazu siehe oben Teil III Kap.3 A; so außer Roxin, Täterschaft S.292 ff auch z.B. Gallas, Gutachten S.113, Jescheck, AT S.517 und Schmidhäuser, AT S.510 f; vgl. auch Stratenwerth, AT Rn.823 ff.

4. So z.B. Bockelmann, Untersuchungen S.101, Maurach, AT S.659 f, Welzel, aaO S.110, Busse, aaO S.80, Gimbernath-Ordeig, ZStW 80,932 ff und Herzberg, JuS 74,719; naturgemäß vertreten auch die Anhänger der subjektiven Theorie diese Ansicht; dazu siehe oben S.354 N.3.

gangbar, weil ein Täterwille, wie ihn die subjektive Teilnahmelehre voraussetzt, in der Lehre vom deliktstypischen Unrecht keinen Platz hat<sup>1</sup>.

Auch das oben angeführte normlogische Argument Herzbergs für eine erweiternde Auslegung des §25 II StGB hilft nicht weiter, weil die Bestimmung ja möglicherweise nur eine Klarstellungsfunktion übernehmen sollte.

Schließlich versagt auch das Abstellen auf die Ausführungshandlung, denn es ist ja gerade das Problem, ob derjenige Mittäter sein kann, der die Ausführungshandlung nicht begangen hat. Daß derjenige, der die Ausführungshandlung begangen hat, Täter ist, ist ohnehin nicht zweifelhaft.

Das in Frage stehende Problem kann somit auch nicht mit den in dieser Untersuchung dargelegten Kriterien gelöst werden: es geht nämlich gerade darum, ob derjenige Mittäter sein kann, dessen Handlung nicht die für die Täterschaft sonst immer erforderliche "Eignung" aufweist<sup>2</sup>.

Obwohl somit die Lösung aus den hier verwendeten Kriterien nicht ableitbar ist, erscheint eine erweiternde Auslegung des §25 II StGB aus folgenden Gründen als

- 
1. Siehe dazu oben Teil II sowie S.224 f.
  2. Wenn Schilling, Verbrechenversuch S.74 N.189 die Auffassung Herzbergs kritisiert mit der Begründung, das "fremde Handeln" sei "mitverursacht, zumindest durch das Einverständnis" (scil. zum gemeinsamen Handeln), dann fällt er der Sache nach auf den Stand der subjektiven Teilnahmelehre zurück; denn damit würde es für die Annahme einer Mittäterschaft ausreichen, wenn sich ein Beteiligter darauf beschränkt, sein Einverständnis zu erklären; damit fehlt es aber erneut an jedem objektiven Kriterium zusätzlich zu der nur selten zu verneinenden Kausalität.

zutreffend:

Eine erweiternde Auslegung ist normlogisch möglich. Sie ist jahrzehntelang von der Rechtsprechung praktiziert worden, ohne daß der Gesetzgeber bei der Novellierung der Vorschrift einer solchen Auslegung durch eine neue, einengende Fassung derselben entgegengetreten wäre.

Eine erweiternde Auslegung ist aber auch sinnvoll. Gerade der Versuch, die Täterschaft und Mittäterschaft anhand von objektiven Kriterien zu erfassen, läßt Grauzonen zurück, in denen die jeweils benutzten Kriterien gerade nicht mehr anwendbar sind. Wenn diese Zonen durch eine logisch mögliche, erweiternde Interpretation des §25 II StGB, der damit zur Ausnahmebestimmung wird, der Mittäterschaft zugeschlagen werden können, so erscheint dies - ohne Rückfall in die Strafwürdigkeitsabgrenzungen der subjektiven Teilnahmelehre - nicht nur als dem Rechtsgefühl entsprechend, sondern auch der Sache nach gerechtfertigt.

§25 II StGB stellt somit eine Bestimmung dar, die einen - von den in dieser Untersuchung verwendeten Kriterien her gesehen - Teilnehmerbeitrag der Täterstrafe unterstellt und somit von der hier vertretenen Auffassung aus nur als Ausnahmeregelung verstanden werden kann<sup>1</sup>. Diese Ausnahmebestimmung ist daher auch nur nach ihren eigenen Voraussetzungen zu interpretieren: Voraussetzung einer Mittäterschaft im weiteren

---

1. In dieser Hinsicht gleicht §25 II StGB der - von uns ebenfalls als Ausnahmeregelung apostrophierten - Bestimmung über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs; dazu siehe eingehend oben Teil II Kap.2 E.



Sinn ist somit lediglich ein gemeinsamer Tatentschluß sowie eine aktive und nicht gänzlich untergeordnete Rolle<sup>1</sup> im Rahmen des Gesamtplans. Ob die Handlung aber im Ausführungs- oder im Vorbereitungsstadium der Tat vorgenommen wird, ist für die Bewertung in diesem Fall nicht entscheidend<sup>2</sup>. Denn Inhalt dieser Sonderregelung ist es gerade, ein sonst nur als Teilnehmerbeitrag zu qualifizierendes Verhalten wegen des überschießenden subjektiven Unrechtselements, als welches der gemeinsame Tatentschluß anzusehen ist, der Täterstrafe zu unterstellen.

- 
1. Daran sollte festgehalten werden, damit nicht jeder noch so geringfügige Tatbeitrag wieder die Täterstrafe nach sich ziehen kann.
  2. So auch die st.Rspr.; Bockelmann, Untersuchungen S.101 und AT S.178 f, Busch, LK §47,21, Dreher, StGB §25,7, Eser, Strafrecht II S.133, Maurach, AT S.659 f, Schönke-Schröder-Cramer, StGB §25,44 ff, Welzel, Strafrecht S.110, Busse, Täterschaft S.80, Herzberg, JuS 74,719 und Gimbernath-Ordeig, ZStW 80, 932 ff; a.A. insbesondere Roxin, Täterschaft S.292 ff und (3.Aufl.) 558 ff sowie die oben S.355 N.3 genannten Autoren.

## Literaturverzeichnis:

- Albrecht : Der untaugliche Versuch, 1973
- Ambrosius : Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966
- Amelung : Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972
- Androulakis : Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963
- Backmann : Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, in: JuS 1972/196 ff, 326 ff, 452 ff, 649 ff
- : Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, in: JuS 1971 S.113 ff
- Bärwinkel : Die Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968
- Baumann : Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung, in: NJW 1963 S.561 ff
- : Schuld und Verantwortung, in: JZ 1962 S.41 ff
- : Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7.Aufl., 1975 (zit.: AT)
- : Täterschaft und Teilnahme, in: JuS 1963 S.63 ff, 51 ff, 85 ff und 125 ff
- Beling : Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, in: GS 101,1 ff
- : Grundzüge des Strafrechts, 11.Aufl., 1930
- : Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- Bertel : Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: ZStW 84,1 ff
- Binavince : Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, 1969
- Binding : Die Normen und ihre Übertretung, Bd.II, 1 2.Aufl., 1914
- : Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd.I: Strafrecht, 1915

- Blauth : "Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht, 1968
- Blei : Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 16.Aufl., 1975 (zit.: AT)
- Bockelmann : Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, in: Gedächtnisschrift Radbruch, 1968 S.252 ff
- \_\_\_\_\_ : Beteiligung an vermeintlich vorsätzlichen rechtswidrigen Taten, in: Festschrift Gallas, 1973 S.261 ff
- \_\_\_\_\_ : Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: Festschrift Honig, 1970 S.19 ff
- \_\_\_\_\_ : Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1975 (zit.: AT)
- \_\_\_\_\_ : Strafrechtliche Untersuchungen, 1957
- Brehm : Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973
- Bringewat : Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, in: ZStW 87,623 ff
- Brown : Zukunft im Zeichen des Eros, 1962
- Bruns, H.-J.: Der untaugliche Täter im Strafrecht, 1955
- v.Bubnoff : Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs, 1966
- Burgstaller : Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974
- Burkhardt : Der "Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung, 1975
- v.Buri : Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885
- \_\_\_\_\_ : Über Causalität und deren Verantwortung, 1873
- \_\_\_\_\_ : Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860
- \_\_\_\_\_ : Versuch und Causalität, in: GS 32,321 ff

- Busch : Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949
- Busse : Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, Diss.Göttingen 1974
- Class : Grenzen des Tatbestandes, 1933
- : Kausalität der Beihilfe,  
in: Festschrift Stock, 1966 S.115 ff
- Correll : Pädagogische Verhaltenspsychologie, 4.Aufl., 1971
- Cramer : Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962
- Danner : Warum es keinen freien Willen gibt, 1968
- Deutsch : Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963
- Dohna,Graf zu: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936
- : Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905
- Dreher : Kausalität der Beihilfe,  
in: MDR 72,553 ff
- : Strafgesetzbuch, 36.Aufl., 1976  
(zit.: StGB)
- Engisch : Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen,  
in: Festschrift Th.Rittler, 1957 S.165 ff
- : Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931
- : Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963
- : Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition,  
in: Festschrift Welzel, 1974 S.343 ff
- : Tun und Unterlassen,  
in: Festschrift Gallas, 1973 S.163 ff

- Engisch : Der Unrechtstatbestand im Strafrecht,  
in: Festschrift Deutscher Juristentag,  
Bd.I, 1960 S.401 ff
- \_\_\_\_\_ : Untersuchungen über Vorsatz und Fahr-  
lässigkeit im Strafrecht, 1930
- Eser : Strafrecht I, 1971
- \_\_\_\_\_ : Strafrecht II, 1971
- Exner : Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910
- Finger : Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tat-  
bestand und der Rechtswidrigkeit,  
in: GS 97,385 ff
- Fischer : Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Be-  
rücksichtigung des Privatrechts, 1911
- Fluri : Zur Lehre von der Tatverantwortung, 1973
- Frank : Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907
- Franzheim : Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat,  
1959
- Frisch : Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhal-  
ten des Verletzten, 1973
- Gallas : Der dogmatische Teil des Alternativent-  
wurfs, in: ZStW 80,1 ff
- \_\_\_\_\_ : Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom  
Verbrechen, in: ZStW 67,1 ff
- \_\_\_\_\_ : Strafbares Unterlassen im Fall einer  
Selbsttötung, in: JZ 60,649 ff
- \_\_\_\_\_ : Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur  
Strafrechtsreform, Bd.I, Gutachten der  
Strafrechtslehrer, 1954 S.121 ff  
(zit.: Gutachten)
- \_\_\_\_\_ : Verleitung zum Falscheid,  
in: Festschrift Engisch, 1969 S.600 ff
- Geilen : Mitverantwortung des Gastwirts bei Trunken-  
heit am Steuer, in: JZ 65,469 ff
- \_\_\_\_\_ : Suizid und Mitverantwortung,  
in: JZ 74,145 ff
- Gerhardt : Die Abgrenzung von Vorbereitung und Ver-  
such bei mittelbarer Täterschaft,  
Diss.Bochum 1971

- Gimbernat-Ordeig: Gedanken zum Täterbegriff und zur  
Teilnahmelehre, in: ZStW 80,915 ff
- \_\_\_\_\_ : Strafrechtssystematik und Nichtbeweis-  
barkeit der Willensfreiheit,  
in: Festschrift Henkel, 1974 S.151 ff
- Gössel : Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem  
2.Strafrechtsreformgesetz,  
in: GA 71,225 ff
- \_\_\_\_\_ : Über die Vollendung des Diebstahls,  
in: ZStW 85,591 ff
- Granderath : Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung  
aus einem vorangegangenen gefährdenden  
Verhalten bei den unechten Unterlassungs-  
delikten, Diss.Freiburg 1961
- Grünwald : Die Beteiligung durch Unterlassen,  
in: GA 59,110 ff
- \_\_\_\_\_ : Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts,  
in: Festschrift H.Mayer, 1966 S.281 ff
- Güttner : Identifikation als sozialpsychologische  
Verhaltenskategorie,  
Diss.Heidelberg 1968
- Haffke : Unterlassung der - Unterlassung,  
in: ZStW 87,44 ff
- Haft : Die Lehre vom bedingten Vorsatz,  
in: ZStW 88,365 ff
- Hall : Entwicklung des Verbrechensbegriffes aus  
dem Geist des Prozesses,  
in: Festschrift H.Mayer, 1966 S.35 ff
- \_\_\_\_\_ : Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959
- \_\_\_\_\_ : Über die Kausalität und Rechtswidrigkeit  
der Unterlassung,  
in: Erinnerungsgabe Grünhut, 1965 S.213 ff
- \_\_\_\_\_ : Die Lehre vom corpus delicti, 1933
- \_\_\_\_\_ : Über das Mißlingen,  
in: Festschrift E.Wolf, 1962 S.454 ff
- Hardwig : Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und  
Beihilfe, in: GA 54,353 ff



- Hardwig : Über den Begriff der Täterschaft,  
in: JZ 65,667 ff
- \_\_\_\_\_ : Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,  
in: ZStW 68,14 ff
- \_\_\_\_\_ : Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit,  
in: ZStW 78,1 ff
- \_\_\_\_\_ : Rechtsnorm, freier Wille, Schuld,  
in: MonSchrKrim 74,288 ff
- \_\_\_\_\_ : Der Versuch bei untauglichem Subjekt,  
in: GA 57,170 ff
- \_\_\_\_\_ : Verursachung und Erfolgszurechnung,  
in: JZ 68,289 ff
- \_\_\_\_\_ : Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte  
und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld,  
in: JZ 69,461 f
- \_\_\_\_\_ : Die Zurechnung, 1957
- \_\_\_\_\_/Buschendorf: Nochmals: Betrachtungen zur Teilnahme-  
lehre, in: JZ 67,86 ff
- Hau : Die Beendigung der Straftat und ihre  
rechtliche Wirkung, 1974
- Hegler : Die Merkmale des Verbrechens,  
in: ZStW 36,19 ff und 184 ff
- Heinitz : Zur Entwicklung der Lehre von der materiel-  
len Rechtswidrigkeit,  
in: Festschrift Eb.Schmidt, 1961 S.266 ff
- \_\_\_\_\_ : Franz v.Liszt als Dogmatiker,  
in: ZStW 81,572 ff
- Henkel : Die Selbstbestimmung des Menschen,  
in: Festschrift Larenz, 1973 S.1 ff
- Herzberg : Aberratio ictus und abweichender Tatver-  
lauf, in: ZStW 85,867 ff
- \_\_\_\_\_ : Anstiftung und Beihilfe als Straftatbe-  
stände, in: GA 71,1 ff
- \_\_\_\_\_ : Eigenhändige Delikte,  
in: ZStW 82,896 ff
- \_\_\_\_\_ : Garantenpflichten aufgrund gerechtfertig-  
ten Vorverhaltens, in: JuS 71,74 ff

- Herzberg : Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, in: JuS 74, 237 ff, 374 ff, 574 ff, 719 ff, JuS 75, 35 ff, 171 ff, 575 ff, 647 ff, 792 ff
- \_\_\_\_\_ : Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboden handelndem Werkzeug, 1967
- \_\_\_\_\_ : Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972
- v. Heyde : Entwertung der Kausalität, 2. Aufl., 1957
- Hillenkamp : Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971
- Himmelreich : Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971
- v. Hippel, Reinh.: Gefahrurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972
- \_\_\_\_\_ : Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966
- v. Hippel, Rob.: Deutsches Strafrecht, Bd. II: Das Verbrechen, 1930
- Hirsch : Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift Welzel, 1974 S. 775 ff
- \_\_\_\_\_ : Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960
- Hold-Ferneck: Die Rechtswidrigkeit, Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Bd. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1903
- Bd. 2: Notstand und Notwehr, 1905
- Holzhauser : Willensfreiheit und Strafe, 1970
- Honig : Die Einwilligung des Verletzten I, 1919
- \_\_\_\_\_ : Kausalität und objektive Zurechnung, in: Festgabe Frank Bd. I, 1930 S. 174 ff
- Horn, A. : Causalitäts- und Wirkensbegriff, in: GS 54, 321 ff
- Horn, E. : Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?, in: GA 69, 289 ff

- Horn, E. : Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973
- : Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969
- Horn, H.-R. : Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962
- Jakobs : Probleme der Wahlfeststellung,  
in: GA 71, 257 ff
- : Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt,  
1972
- : Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem,  
in: Festschrift Welzel, 1974 S. 307 ff
- Jerusalem : Das Problem des Strafrechts,  
in: ZStW 80, 875 ff
- Jescheck : Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit  
im modernen Strafrecht, 1965
- : Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff,  
in: Festschrift E. Wolf, 1962 S. 473 ff
- : Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs  
in Deutschland seit Beling im Vergleich  
mit der österreichischen Lehre,  
in: ZStW 73, 179 ff
- : Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil  
2. Aufl., 1972 (zit.: AT)
- Johannes : Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem  
Handeln des Werkzeugs. Ein Scheinproblem,  
1963
- Kadečka : Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff,  
in: ZStW 59, 1 ff
- Kahrs : Das Vermeidbarkeitsprinzip und die  
conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht,  
1968
- Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte,  
1959
- : Das fahrlässige Delikt,  
in: ZfRV 64, 41 ff
- : Lebendiges und Totes in Bindings Normen-  
theorie, 1954

- Kaufmann, Armin: Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht,  
in: Festschrift Welzel, 1974 S.393 ff
- : Unterlassung und Vorsatz,  
in: Festschrift v.Weber, 1963 S.207 ff
- Kaufmann, Arthur: Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht,  
in: Festschrift Eb.Schmidt, 1961 S.200 ff
- : Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre,  
in: Festschrift H.Mayer, 1966 S 79 ff
- : Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs,  
in: Festschrift Maurach, 1972 S.327 ff
- : Das Schuldprinzip, 1961
- : Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,  
in: Festschrift R.Lange, 1976 S.27 ff
- : Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht,  
in: Festschrift Henkel, 1974 S.89 ff
- : Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949
- Kern : Grade der Rechtswidrigkeit,  
in: ZStW 64,255 ff
- Kienapfel : Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971
- : Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966
- : Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich,  
in: JZ 72,569 ff
- : Das Prinzip der Einheitstäterschaft,  
in: JuS 74,1 ff
- Kohlrausch : Irrtum und Schuldbegriff, 1903
- : Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung,  
in: Festgabe Güterbock, 1910 S.1 ff
- /Lange : Strafgesetzbuch, 43.Aufl., 1961  
(zit.: StGB)

- Kotsalis : Die mittelbare Täterschaft und deren Abgrenzung von der Anstiftung unter besonderer Berücksichtigung der Akzessorietät der Teilnahme, Diss.Tübingen 1975
- Kratzsch : Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968
- \_\_\_\_\_ : §53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, in: GA 71,65 ff
- Kraushaar : Die Rechtswidrigkeit in teleologischer Sicht, in: GA 65,1 ff
- Krauß : Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, in: ZStW 76,19 ff
- Kretschmar : Die versuchte Teilnahme im geltenden und zukünftigen Recht, Diss.Gießen 1974
- Krug : Kommentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen, 1855
- Krümpelmann : Die Bagatelldelikte, 1966
- \_\_\_\_\_ : Motivation und Handlung im Affekt, in: Festschrift Welzel, 1974 S.327 ff
- \_\_\_\_\_ : Vorsatz und Motivation, in: ZStW 87,888 ff
- Kühl : Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1973
- Kugler : Ingerenz und Selbstverantwortung, Diss.Bochum 1972
- Lackner : Das konkrete Gefährdungsdelikat im Verkehrsstrafrecht, 1966
- \_\_\_\_\_ : Strafgesetzbuch, 10.Aufl., 1976 (zit.: StGB)
- Lampe : Ingerenz oder dolus subsequenz, in: ZStW 72,93 ff
- \_\_\_\_\_ : Objektiver und subjektiver Tatbestand beim Diebstahl, in: GA 66,225 ff
- \_\_\_\_\_ : Das personale Unrecht, 1967
- \_\_\_\_\_ : Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, in: ZStW 79,476 ff

- Lampe : Täterschaft bei fahrlässiger Tat,  
in: ZStW 71, 579 ff
- : Teilnahme am Verbrechen,  
in: ZStW 77, 262 ff
- Lange : Der moderne Täterbegriff und der  
deutsche Strafgesetzentwurf, 1935
- : Die notwendige Teilnahme, 1940
- Langer : Das Sonderverbrechen, 1972
- : Vorsatztheorie und strafgesetzliche  
Irrtumsregelung, in: GA 76, 193 ff
- Lauenstein : Verbrechensversuch des untauglichen  
Täters, Diss. Hamburg 1960
- Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Bd. I,  
1974, herausgeb. von Baldus und Willms  
(zit.: LK)
8. Aufl., Bd. I, 1957, herausgeb. von  
Jagusch und Mezger (wenn aus dieser  
Auflage zitiert wird, wird dies beson-  
ders kenntlich gemacht)
- Lemmel : Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen  
im Besonderen Teil des Strafrechts und  
der Grundsatz nullum crimen sine lege,  
1970
- Lenckner : "Gebotensein" und "Erforderlichkeit" der  
Notwehr, in: GA 68, 1 ff
- : Der rechtfertigende Notstand, 1965
- : Technische Normen und Fahrlässigkeit,  
in: Festschrift Engisch, 1969 S. 490 ff
- Less : Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft,  
wenn der Tatmittler rechtmäßig handelt?  
in: JZ 51, 550 ff
- v. Liszt : Lehrbuch des deutschen Strafrechts,  
21./22. Aufl., 1919 (andere Auflagen wer-  
den ausdrücklich als solche genannt)
- /Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts,  
26. Aufl., Bd. I, 1932
- Lobe : Einführung in den allgemeinen Teil des  
Strafgesetzbuchs, 1933



- Loewenheim : Error in objecto und aberratio ictus,  
in: JuS 66,31o ff
- Luden : Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen  
Strafrecht, Bd.II 184o
- Lüderssen : Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967
- : Die strafrechtsgestaltende Kraft des  
Beweisrechts, in: ZStW 85,288 ff
- Maihofer : Gesamte Strafrechtswissenschaft,  
in: Festschrift Henkel, 1974 S.74 ff
- : Der Handlungsbegriff im Verbrechens-  
system, 1953
- : Was ist Recht?  
in: JuS 63,165 ff
- : Der soziale Handlungsbegriff,  
in: Festschrift Eb.Schmidt, 1961 S.156 ff
- Maiwald : Abschied vom strafrechtlichen Handlungs-  
begriff, in: ZStW 86,626 ff
- : Der "dolus generalis",  
in: ZStW 78,3o ff
- : Zum fragmentarischen Charakter des Straf-  
rechts,  
in: Festschrift Maurach, 1972 S.9 ff
- Mannheim : Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht,  
1912
- Marcuse : Triebstruktur und Gesellschaft, 1967
- Marx : Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut",  
1972
- Maurach : Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,  
4.Aufl., 1971 (zit.: AT)
- Mayer,H. : Lehrbuch, Strafrecht, Allgemeiner Teil,  
1953
- : Grundriß, Strafrecht, Allgemeiner Teil,  
1967 (zit.: AT)
- Mayer,M.E. : Der Allgemeiner Teil des deutschen Straf-  
rechts, 1915 (zit.: AT)
- Meyer,D. : Das Erfordernis der Kollusion bei der  
Anstiftung, Diss.Hamburg 1973

- Meyer, J. : Kritik an der Neuregelung der Versuchs-  
strafbarkeit, in: ZStW 87, 588 ff
- Mezger : Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik,  
1950
- : Lehrbuch, Strafrecht, 3. Aufl., 1949
- : Die subjektiven Unrechtselemente,  
in: GS 89, 205 ff
- Michaelowa : Der Begriff der strafrechtswidrigen  
Handlung, 1968
- Mir : Der finale Täterbegriff in der spa-  
nischen Rechtswissenschaft,  
in: Festschrift Welzel, 1974 S. 635 ff
- Montes : Weiterentwicklung der finalen Unrechts-  
lehre?  
in: Festschrift Welzel, 1974 S. 379 ff
- Müller, M. L. : Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im  
Straf- und Schadensersatzrecht, 1912
- Müller-Dietz : Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht,  
1967
- Münzberg : Verhalten und Erfolg als Grundlagen der  
Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966
- Nagler : Die Problematik der Begehung durch  
Unterlassung, in: GS 111, 74 ff
- : Der heutige Stand der Lehre von der  
Rechtswidrigkeit,  
in: Festschrift Binding, Bd. II, 1911  
S. 273 ff
- : Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903
- Nedelmann : Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter  
dem Dogma des Strafprinzips,  
in: Kritik der Strafrechtsreform, heraus-  
geb. von Nedelmann, 1968 S. 21 ff
- Neufelder : Schuldbegriff und Verfassung,  
in: GA 74, 289 ff
- Nickel : Die Problematik der unechten Unterlas-  
sungsdelikte im Hinblick auf den Grund-  
satz "nullum crimen sine lege" (Art. 103  
Abs. 2 GG), 1972

Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, Bd.II, Allgemeiner Teil, 1958

- Niese : Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit,  
in: Recht und Staat Heft Nr.156/157, 1951  
S.59 ff
- Noll : Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe,  
im besonderen die Einwilligung des Ver-  
letzten, 1957
- \_\_\_\_\_ : Strafrecht im Übergang,  
in: GA 70,176 ff
- \_\_\_\_\_ : Tatbestand und Rechtswidrigkeit,  
in: ZStW 77,1 ff
- Nowakowski : Probleme der Strafrechtsdogmatik,  
in: JBl 72,19 ff
- \_\_\_\_\_ : Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit,  
in: ZStW 63,287 ff
- \_\_\_\_\_ : Das österreichische Strafrecht in seinen  
Grundzügen, 1955 (zit.: Grundzüge)
- \_\_\_\_\_ : Tatherrschaft und Täterwille,  
in: JZ 56,545 ff
- Oehler : Das objektive Zweckmoment in der rechts-  
widrigen Handlung, 1959
- Otter : Funktionen des Handlungsbegriffs im  
Verbrechensaufbau, 1973
- Otto : Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im  
Strafrecht, in: JuS 74,702 ff
- \_\_\_\_\_ : Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil,  
1976
- \_\_\_\_\_ : Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im  
Strafrecht,  
in: Festschrift Maurach, 1972 S.91 ff
- \_\_\_\_\_ : Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeit,  
1965
- \_\_\_\_\_ : Die Struktur des strafrechtlichen Ver-  
mögensschutzes, 1970
- \_\_\_\_\_ : Straflohe Teilnahme?  
in: Festschrift R.Lange, 1976 S.197 ff

- Otto : Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, in: NJW 74,528 ff
- : Personales Unrecht, Schuld und Strafe, in: ZStW 87,539 ff
- Perten : Die Beihilfe zum Verbrechen, Strafrechtliche Abhandlungen Heft Nr.198, 1918
- Petters-Preisendanz: Strafgesetzbuch, 29.Aufl., 1974 (zit.: StGB)
- Pfleiderer : Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, 1968
- Philipps : Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, in: ZStW 85,27 ff
- : Der Handlungsspielraum, 1974
- Piotet : Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, in: ZStW 69,14 ff
- Plack : Die Gesellschaft und das Böse, 1967
- Planck : Der Kausalbegriff in der Physik, 4.Aufl., 1948
- Plate : Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker, 1966
- : Zur Strafbarkeit des agent provocateur, in: ZStW 84,294 ff
- Platzgummer : Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, in: JBl 71,236 ff
- : Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964
- Preuß : Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974
- Radbruch : Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904
- Rasch : .Schuldfähigkeit, in: Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.Aufl., 1967 S.55 ff
- Rehberg : Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", 1962
- Rittler : Lehrbuch des österreichischen Strafrechts Bd.I, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1954 (zit.: AT)

- Roeder : Die Einhaltung des sozialadäquaten  
Risikos, 1969
- \_\_\_\_\_ : Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung  
am Sonderdelikt, in: ZStW 69, 223 ff
- Rosenfeld : Schuld und Vorsatz im v.Liszt'schen  
Lehrbuch, in: ZStW 32, 466 ff
- Roxin : Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und  
bewußter Fahrlässigkeit, in: JuS 64, 53 ff
- \_\_\_\_\_ : Der Anfang des beendeten Versuchs,  
in: Festschrift Maurach, 1972 S. 213 ff
- \_\_\_\_\_ : Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter",  
in: Festschrift R. Lange, 1976 S. 173 ff
- \_\_\_\_\_ : Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems,  
in: ZStW 83, 369 ff
- \_\_\_\_\_ : Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Straf-  
recht, in: JZ 66, 293 ff
- \_\_\_\_\_ : Gedanken zur Problematik der Zurechnung  
im Strafrecht,  
in: Festschrift Honig, 1970 S. 133 ff
- \_\_\_\_\_ : An der Grenze von Begehung und Unter-  
lassung,  
in: Festschrift Engisch, 1969 S. 380 ff
- \_\_\_\_\_ : Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,  
1970
- \_\_\_\_\_ : Zur Kritik der finalen Handlungslehre,  
in: ZStW 74, 515 ff
- \_\_\_\_\_ : Literaturbericht, Strafrecht, Allgemeiner  
Teil, in: ZStW 77, 91 ff  
in: ZStW 78, 214 ff  
in: ZStW 80, 694 ff  
in: ZStW 82, 675 ff und  
in: ZStW 85, 76 ff
- \_\_\_\_\_ : Literaturbesprechung,  
in: ZStW 84, 993 ff
- \_\_\_\_\_ : Die provozierte Notwehrlage,  
in: ZStW 75, 541 ff

- Roxin : Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, in: ZStW 74,411 ff
- \_\_\_\_\_ : Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, in: Gedächtnisschrift Radbruch, 1968 S.260 ff
- \_\_\_\_\_ : "Schuld" und "Verantwortung" als Systemkategorien, in: Festschrift Henkel, 1974 S.171 ff
- \_\_\_\_\_ : Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Festschrift Gallas, 1973 S.241 ff
- \_\_\_\_\_ : Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, in: GA 63,193 ff
- \_\_\_\_\_ : Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959
- \_\_\_\_\_ : Täterschaft und Tatherrschaft, 2.Aufl., 1967
- 3.Aufl., 1975 (wenn aus dieser Auflage zitiert wird, wird dies besonders kenntlich gemacht)
- \_\_\_\_\_ : Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, in: JuS 73,197 ff und 329 ff
- \_\_\_\_\_ : Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht in: JuS 64,373 ff
- Roxin-Schünemann-Haffke: Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 1973
- Rudolphi : Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, in: JuS 73,20 ff
- \_\_\_\_\_ : Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966
- \_\_\_\_\_ : Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Festschrift Maurach, 1972 S.51 ff

- Rudolphi : Literaturbericht, Strafrecht, Allgemeiner Teil,  
in: ZStW 83,761 ff  
in: ZStW 85,109 ff und  
in: ZStW 86,68 ff
- \_\_\_\_\_ : Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr,  
in: GA 70,353 ff
- \_\_\_\_\_ : Ist die Teilnahme an einer Notstandstat im Sinn der §§ 52, 53 III und 54 StGB strafbar? in: ZStW 78,66 ff
- \_\_\_\_\_ : Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969
- Rudorf : Willensfreiheit, Schuld und Strafvollzug, 1968
- Rutz : Der objektive Tatbestand der Fahrlässigkeitsdelikte, in: SchwZStr.89.358 ff
- Salamon : Vollendete und versuchte Beihilfe, Diss.Göttingen 1968
- Salm : Das versuchte Verbrechen, 1957
- Samson : Begehung und Unterlassung,  
in: Festschrift Welzel, 1974 S.579 ff
- \_\_\_\_\_ : Die Kausalität der Beihilfe,  
in: Festschrift Peters, 1974 S.121 ff
- \_\_\_\_\_ : Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972
- Sauer : Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophi, 1921
- \_\_\_\_\_ : Allgemeine Strafrechtslehre, 3.Aufl.,1955
- Sax : Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, Gedanken zum Stachynski-Urteil,  
in: JZ 63,329 ff
- \_\_\_\_\_ : Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission, in: ZStW 69,412 ff
- \_\_\_\_\_ : Tatbestand und Rechtsgutsverletzung,  
in: JZ 76,9 ff und 80 ff



- Seebald : Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, in: GA 69,193 ff
- Seiler : Die Bedeutung des Handlungsunwertes im Verkehrsstrafrecht, in: Festschrift Maurach, 1972 S.75 ff
- Sieverts : Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934
- Spendel : Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, in: JZ 73,137 ff
- : Kritik der subjektiven Versuchstheorie, in: NJW 65,1881 ff
- : Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, in: Festschrift Stock, 1966 S.89 ff
- : Der "Täter hinter dem Täter" - eine notwendige Rechtsfigur? in: Festschrift R.Lange, 1976 S.147 ff
- : Fahrlässige Teilnahme an Fremd- und Selbsttötung, in: JuS 74,749 ff
- : Der sog.Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, in: ZStW 69,441 ff
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, herausgegeben von Rudolphi, Horn, Samson und Schreiber, Bd.I, 1975 (zit.: SK)
- Schaffstein : Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten in: Festschrift Welzel, 1974 S.557 ff
- : Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, in: ZStW 57,295 ff
- : Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, in: Festschrift Honig, 1970 S.169 ff
- : Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935

- v.Scheurl : Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972
- Schewe : Bewußtsein und Vorsatz, 1967
- : Reflexbewegung, Handlung und Vorsatz, 1972
- Schilling : Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975
- Schmidhäuser: Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins,  
in: Festschrift H.Mayer, 1966 S.317 ff
- : Der Begriff des bedingten Vorsatzes,  
in: GA 58,161 ff
- : Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958
- : Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1975 (zit.: AT)
- 1.Aufl., 1970 (wenn aus dieser Auflage zitiert wird, wird dies besonders kenntlich gemacht)
- : Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltpflichtverletzung,  
in: Festschrift Schaffstein, 1975 S.129 ff
- : Zur Systematik der Verbrechenslehre,  
in: Gedächtnisschrift Radbruch, 1968 S.268 ff
- : Der Unrechtstatbestand,  
in: Festschrift Engisch, 1969 S.433 ff
- : Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968
- : Über die Wertstruktur der Notwehr,  
in: Festschrift Honig, 1970 S.185 ff
- Schmidt,Eb. : Soziale Handlungslehre,  
in: Festschrift Engisch, 1969 S.339 ff
- : Die mittelbare Täterschaft,  
in: Festgabe Frank, Bd.II, 1930 S.106 ff
- Schmidt,V. : Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten, Diss.Frankfurt/Main 1973

- Schmitt : Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten? in: JuS 63,64 ff
- Schöne : Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz, 1974
- Schöneborn : Teilnahme- und Einheitstätersystem, in: ZStW 87,902 ff
- Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch, 18.Aufl., 1975, herausgeb. von Lenckner, Cramer, Eser und Stree (zit.: StGB)  
17.Aufl., 1974 (wenn aus dieser Auflage zitiert wird, wird dies besonders kenntlich gemacht)
- Schröder : Eigenhändige und Sonderdelikte bei den Fahrlässigkeitstatbeständen, in: Festschrift v.Weber, 1963 S.233 ff
- \_\_\_\_\_ : Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, in: ZStW 81,7 ff
- \_\_\_\_\_ : Notwehr bei schuldhaftem Vorverhalten, in: JuS 73,157 ff
- Schroeder : Der Täter hinter dem Täter, 1965
- Schünemann : Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971
- \_\_\_\_\_ : Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik, in: Festschrift Schaffstein, 1975 S.159 ff
- \_\_\_\_\_ : Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, in: GA 74,231 ff
- Schweikert : Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957
- Stratenwerth: Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Festschrift Eb.Schmidt, 1961 S.383 ff
- \_\_\_\_\_ : Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung in: Festschrift Gallas, 1973 S.227 ff
- \_\_\_\_\_ : Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, in: ZStW 71,51 ff

- Stratenwerth: Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale,  
in: Festschrift v.Weber, 1963 S.171 ff
- \_\_\_\_\_ : Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, in: SchwZStr.79,233 ff
- \_\_\_\_\_ : Literaturbericht, Strafrecht, Allgemeiner Teil, in: ZStW 87,935 ff
- \_\_\_\_\_ : Prinzipien der Rechtfertigung, in: ZStW 68,41 ff
- \_\_\_\_\_ : Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht, in: Festschrift Schaffstein, 1975 S.177 ff
- \_\_\_\_\_ : Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 2.Aufl., 1976  
1. Aufl., 1971 (wenn daraus zitiert wird, wird dies besonders kenntlich gemacht)
- \_\_\_\_\_ : Unbewußte Finalität, in: Festschrift Welzel, 1974 S.289 ff
- Tiedemann : Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, in: JZ 69,71 ff
- \_\_\_\_\_ : Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969
- Traeger : Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904
- Treplin : Der Versuch, in: ZStW 76,441 ff
- Ulsenheimer : Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965
- Vogler : Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, in: Festschrift Heinitz, 1972 S.295 ff
- Wagner : Amtsverbrechen, 1975
- Waider : Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970
- v.Weber : Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, in: Festschrift Eb.Schmidt, 1969 S.328 ff

- v.Weber : Grundriß des Deutschen Strafrechts,  
2.Aufl., 1948
- : Urteilsanmerkung,  
in: JZ 64,427 f
- Wegner : Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1951  
(zit.: AT)
- Welp : Vorangegangenes Tun als Grundlage einer  
Handlungsäquivalenz der Unterlassung,  
1968
- : Urteilsanmerkung,  
in: JZ 71,433 f
- Welzel : Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961
- : Gedanken zur "Willensfreiheit",  
in: Festschrift Engisch, 1969 S.91 ff
- : Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969
- : Studien zum System des Strafrechts,  
in: ZStW 58,491 ff
- Wessels : Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5.Aufl.,  
1975 (zit.: AT)
- Wiesener : Die strafrechtliche Verantwortlichkeit  
von Stellvertretern und Organen, 1971
- Wolf,E. : Strafrechtliche Schuldlehre, 1928
- Wolff,E.A. : Die Grenzen des dolus eventualis und der  
willentlichen Verletzung,  
in: Festschrift Gallas, 1973 S.197 ff
- : Der Handlungsbegriff in der Lehre vom  
Verbrechen, 1964
- : Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965
- Wolter : Alternative und eindeutige Verurteilung  
auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im  
Strafrecht, 1972
- Württembergger: Die geistige Situation der deutschen  
Strafrechtswissenschaft, 2.Aufl., 1959
- Zielinski : Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechts-  
begriff, 1973

- Zimmerl : Aufbau des Strafsystems, 1930
- : Grundsätzliches zur Teilnahmelehre,  
in: ZStW 49,39 ff
- : Zur Lehre vom Tatbestand,  
Strafrechtliche Abhandlungen Heft Nr.237,  
1928
- Zipf : Rechtskonformes und sozialadäquates  
Verhalten im Strafrecht, in: ZStW 82,633 ff



## Lebenslauf

Am 9.5.1944 wurde ich als viertes von fünf Kindern des Dipl.Ing. Helmut Orlich und seiner Ehefrau Luise geb.Dießelhorst in Rummelsburg/Pom. geboren.

Noch im Jahre 1946 zogen meine Eltern nach Wolfsburg, wo ich 1950 in die Volksschule eintrat. Von 1954 an besuchte ich das Gymnasium und legte im Jahre 1963 das Abitur ab.

Im SS 1963 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft in Marburg/Lahn auf, setzte es im SS 1965 in Berlin fort und kehrte anschließend zum SS 1966 wieder nach Marburg/Lahn zurück. Im Februar 1968 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung.

Von Sommer 1968 bis Mitte 1969 befand ich mich als Student an der Johns-Hopkins-Universität in Bologna/ Italien, wo ich mich u.a. mit Fragen der europäischen Integration beschäftigte.

Am 1.7.1969 begann ich als Rechtsreferendar am Landgericht Marburg/Lahn den juristischen Vorbereitungsdienst, den ich im Januar 1973 mit dem zweiten Staatsexamen beendete. Seit Februar 1973 bin ich als Richter tätig.

Am 15.8.1970 habe ich Fräulein Sabine Rodeck geheiratet. Unsere Töchter Stephanie und Katrin wurden am 14.2.1971 bzw. 15.8.1973 geboren.



